

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO

TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL E AS ALTERAÇÕES PELA LEI Nº 13.429/2017

CLARA SOARES DE CAMPOS

RIO DE JANEIRO

2017

CLARA SOARES DE CAMPOS

TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL E AS ALTERAÇÕES PELA LEI Nº 13.429/2017

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Ms. Daniele Gabrich Gueiros

RIO DE JANEIRO

2017

### CIP - Catalogação na Publicação

S198t      Soares de Campos, Clara  
TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL E AS ALTERAÇÕES PELA LEI  
Nº 13.429/2017 / Clara Soares de Campos. -- Rio de  
Janeiro, 2017.  
61 f.

Orientadora: Daniele Gabrich Gueiros.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Terceirização. 2. Direito do Trabalho. I.  
Gabrich Gueiros, Daniele, orient. II. Título.

CLARA SOARES DE CAMPOS

TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL E AS ALTERAÇÕES PELA LEI Nº 13.429/2017

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Ms. Daniele Gabrich Gueiros

Data da Aprovação: \_\_ / \_\_ / \_\_\_\_.

Banca Examinadora:

---

Orientador

---

Co-orientador (Opcional)

---

Membro da Banca

---

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO  
2017

Agradeço a Deus por ter permanecido ao meu lado durante todo trajeto; ao meu marido Igor Faia pelo amor e por ser o meu exemplo; e à minha família por todo incentivo.

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a terceirização, tanto na esfera pública, quanto na privada, além de examinar os impactos provenientes da implementação da Lei nº 13.429/2017.

Palavras-chave: Terceirização; Direito do Trabalho; Lei 13.429/2017.

## ABSTRACT

The present study aims to analyze outsourcing in both the public and private spheres, as well as to examine the impacts arising from the implementation of Law 13.429/2017.

Keywords: Outsourcing; Labor Law; Law 13.429/2017

## SUMÁRIO

|   |           |
|---|-----------|
| <b>1 INTRODUÇÃO.....</b>  | <b>9</b>  |
| <b>2 CONCEITUAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO .....</b>  | <b>11</b> |
| 2.1 CONCEITO .....  | 11        |
| 2.2 CLASSIFICAÇÃO.....  | 13        |
| 2.2.1 <i>Terceirização lícita e terceirização ilícita</i> .....   | 14        |
| <b>3 TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL .....</b>  | <b>17</b> |
| 3.1 HISTÓRIA NO BRASIL.....   | 17        |
| 3.1.1 <i>Histórico normativo</i> .....  | 19        |
| <b>4 TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISRAÇÃO PÚBLICA.....</b>   | <b>29</b> |
| 4.1 ASPECTOS GERAIS .....   | 29        |
| 4.2 ORIGEM NORMATIVA.....   | 31        |
| 4.3 LIMITES NA TERCEIRIZAÇÃO EXERCIDA PELO ESTADO .....   | 32        |
| 4.4 TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DAS ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR .....   | 34        |
| 4.5 DESENVOLVIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM A ADMINISTRAÇÃO<br>PÚBLICA .....                            | 39        |
| 4.5.1 <i>Efeitos da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº16 do Supremo<br/>Tribunal Federal</i> ..... | 40        |
| <b>5 LEI Nº 13.429/2017 .....</b>   | <b>47</b> |
| 5.1 MOMENTO POLÍTICO.....   | 47        |
| 5.2 ANÁLISE DOS DISPOSITIVOS LEGAIS ALTERADOS .....   | 48        |
| 5.3 IMPACTOS.....   | 55        |
| <b>6 CONCLUSÃO.....</b>   | <b>57</b> |
| <b>REFERÊNCIAS.....</b>   | <b>59</b> |



## 1 INTRODUÇÃO

Terceirizar significa transferir atividades iminentes do exercício de empresa a um terceiro. Deve-se interpretar essas atividades como acessórias, porém não centrais para o funcionamento de uma sociedade empresária, que quando da transferência, beneficia-se reduzindo etapas do sistema produtivo pela qual é diretamente responsável. Logo, utilizar-se deste mecanismo, torna-se uma alternativa para otimizar a produção, ao gerar a possibilidade de focalizar no objeto principal da empresa, atitude que no entanto, por diversas vezes culmina em fraudes na relação de emprego.

Embora a terceirização seja visualizada por muitos como um instrumento que viabiliza à sociedade empresária produzir com maior eficiência, sua aplicação no Brasil é vastamente associada à violação aos direitos do trabalhador, uma vez que a deturpam para articular aumento no lucro através da diminuição dos gastos, o que culmina na precarização das condições de trabalho.

Neste ano, foi implementado ao ordenamento jurídico, a Lei nº13.429/2017, com o objetivo regulamentar a terceirização através de alterações e inclusões de dispositivos, o que se justifica ao notar-se que normas anteriores que versam sobre o assunto são esparsas e insuficientes.

É possível dizer que esse objetivo não foi cumprido, decorrendo desta implementação, consequências negativas cujo alcance é inimaginável em termos de relação de emprego, garantias e direitos fundamentais.

O presente trabalho visa contextualizar a terceirização no Brasil e o modo como ela é aplicada nas mais diversas esferas do trabalho, e ainda, analisar as mudanças trazidas com o advento da nova lei.

O primeiro capítulo apresenta o conceito de terceirização em seus sentidos amplo e estrito; as diversas formas pelas quais ela pode ser classificada, junto a um breve estudo sobre a sua aplicação lícita e ilícita.

No segundo capítulo será retratado o modo como a terceirização se desenvolveu ao longo do tempo em território nacional, através da perspectiva histórica e de uma análise das normas mais relevantes pertinentes ao assunto.

O terceiro capítulo discorre sobre a terceirização no setor público, denotando seus aspectos gerais e sua origem, assim como também traz as hipóteses de contratação de terceiros e a responsabilidade da Administração Pública em dadas relações de emprego, e para isso apresenta o estudo acerca da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16.

Finalmente, expõe-se o cenário político no qual foi desenvolvida a Lei nº 13.429/2017 e explicita-se de maneira meticulosa, uma análise sobre os dispositivos alterados e acrescentados, bem como os impactos oriundos dessa implementação.

Por meio do estudo acerca do tema, pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, este trabalho visa contribuir para a melhor compreensão sobre as atuais modificações, explicitando a história, a aplicação e as consequências.

## 2 CONCEITUAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO

### 2.1 Conceito

A terceirização é um fenômeno pertencente a áreas do conhecimento como a Economia e a Administração de Empresas, portanto, não pertence ao Direito do Trabalho. Por esse motivo, não há norma jurídica que a defina, sendo o seu conceito elaborado de formas distintas por diversos estudiosos.

Num sentido amplo, é o processo de contratação de trabalhadores por empresa interposta, ou seja, relação na qual o trabalho é realizado para uma empresa, mas contratado de maneira imediata por outra.

Diante disso, é possível verificar que a terceirização atinge o Direito do Trabalho de forma incidental, para que através dele seja possível verificar os requisitos que a configuram. Para isso, deve-se observar a terceirização sob um sentido mais estrito, como é feito por diversos doutrinadores do direito.

Para Maurício Godinho Delgado, a expressão terceirização

[...] é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista *que lhe seria correspondente*. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.<sup>1</sup>

Já Rodrigo de Lacerda Carelli observa que

[...] demonstra a real intenção do empresariado brasileiro no repasse a 'terceiro', no sentido de 'outro', da posição de empregador na relação empregatícia (e

---

<sup>1</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 426.

consequentemente da responsabilidade sobre os encargos e direitos trabalhistas) com seus empregados.<sup>2</sup>

Rubens Ferreira de Castro, estabelece que

[...] é uma relação jurídica que envolve o interesse de três partes. Daquela que contrata os serviços de uma empresa especializada em determinado serviço, a fim de poder concentrar seus recursos materiais e humanos em sua atividade principal, chamada tomadora. Por sua vez a empresa especializada nos serviços contratados é chamada prestadora. E, finalmente, do empregado contratado pela prestadora, que desempenha suas funções beneficiando secundariamente a tomadora.<sup>3</sup>

Para o autor Giovanni Alves:

A terceirização aparece também como relação de emprego triangular, isto é, a locação de mão-de-obra por meio de empresa aluguel. Nesse caso, o contrato temporário é prestado por meio de empresa interposta (fornecedora de mão-de-obra, geralmente via agência de emprego), que seleciona e remunera trabalhadores com a finalidade de prestar serviços provisórios junto a empresas clientes. Por isso, estabelece uma relação triangular, em que o local de trabalho não tem relação direta com o empregador, mas com a agência de emprego.<sup>4</sup>

Victória Basualdo e Diego Morales<sup>5</sup>, com base em documentos formulados por Oscar Uriarte e Natalia Colotuzzo, destacam quatro formas de terceirização, quais sejam, em sentido estrito, na intermediação de mão de obra; no fornecimento de mão de obra temporária e na utilização de trabalhadores autônomos.

Para estes autores supramencionados, a terceirização em sentido estrito, consiste na operação mediante a qual uma empresa confia à outra o fornecimento de bens e serviços e esta última se compromete a desenvolver as atividades por sua conta e risco, com seus próprios recursos financeiros, materiais e humanos. Na intermediação de mão de obra há a participação de um empregador aparente entre o trabalhador e o verdadeiro usuário e beneficiário da prestação de serviços, formando uma relação triangular. No fornecimento de mão de obra temporária, existem empresas dedicadas a fornecer trabalhadores postos a disposição de outra empresa, a qual definirá e supervisionará as tarefas a serem desenvolvidas. E por fim, na utilização de trabalhadores autônomos, quando os trabalhadores são recrutados de forma

<sup>2</sup> CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 74

<sup>3</sup> CASTRO, Rubens Ferreira de. *A Terceirização no Direito do Trabalho*. São Paulo: Malheiros. 2000. p. 82.

<sup>4</sup> ALVES, Giovanni. *Trabalho e subjetividade: o espírito do toyotismo na era do capitalismo manipulatório*. São Paulo: Boitempo, 2011.

<sup>5</sup> BASUALDO, Victoria; MORALES, Diego (Orgs.) *La tercerización laboral: Orígenes, impacto y claves para su análisis em América Latina*. 1ª Ed. Buenos Aires: SigloVeintiuno, 2014.

independente e trabalham para diversos clientes (autônomos, cooperativas, empresário individual).

E ainda conceituam da seguinte forma: (2014, p. 12-13).

(...) En términos genéricos, la tercerización se produce cuando una empresa establece un contrato con terceros y les confía el cumplimiento de actividades que pueden ser de apoyo o periféricas, simplemente descentralizadas en relación con la organización originaria, o incluso parte central de las tareas desempeñadas. Una vez celebrado el contrato, ya no son tercetos, sino que son partes de un contrato, pero siguen siendo terceros (o pretenden serlo) respecto del mundo de relaciones laborales de la empresa. En el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo, estas relaciones se describen con la expresión 'relaciones triangulares', que hace referencia a la ejecución de obras y prestación de servicios, y al suministro de personal mediante contratos comerciales. Se considera a estas dos categorías como generadoras por excelencia de estas relaciones triangulares.<sup>6</sup>

A partir destas definições, podemos conceituar terceirização como a possibilidade de contratação de terceiros com a finalidade de delegar a estes, atividades que não constituam o objeto principal da empresa. Forma-se, portanto, uma relação trilateral composta pelo trabalhador, pela empresa prestadora de serviços e pela empresa tomadora de serviços, caracterizada pela não coincidência do empregador real com o formal.

## 2.2 Classificação

De acordo com Sérgio P. Martins<sup>7</sup>, é possível classificar a terceirização em estágios, nos quais a inicial compreende o repasse das atividades secundárias; a intermediária é quando as atividades terceirizadas são indiretamente ligadas à atividade principal; e a avançada nos remete ao repasse das atividades diretamente ligadas à atividade principal.

Já a desembargadora Vólia Bomfim<sup>8</sup>, faz a seguinte classificação:

Quanto à duração, a terceirização pode ser temporária, quando utilizada para atender certa demanda eventual da empresa, por curto período de tempo; ou permanente, quando

<sup>6</sup> BASUALDO, Victoria; MORALES, Diego (Orgs.) *La tercerización laboral: Orígenes, impacto y claves para su análisis en América Latina*. 1ª Ed. Buenos Aires: SigloVeintiuno, 2014.

<sup>7</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p 13. 496.

<sup>8</sup> CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 2.ed. Niterói: Impetus, 2008.

utilizada por um período contínuo, atendendo as necessidades permanentes da empresa. Quanto à atividade, a terceirização pode ser na atividade-meio ou na atividade-fim. E quanto à origem, a terceirização pode ser voluntária ou obrigatória.

A terceirização ainda pode ser interna ou externa, dependendo se é realizada dentro ou fora das instalações da empresa; e se externa, se é nacional ou internacional ( *offshorings*, tendência atual de formação de cadeias produtivas globais)

Além dessas classificações, é possível vislumbrar outras, quais sejam:

Quanto aos efeitos, em que a terceirização poderá ser considerada lícita ou ilícita. E quanto à natureza da atividade, em que a terceirização pode acontecer na administração pública ou na iniciativa privada.

## 2.2.1 Terceirização lícita e terceirização ilícita

Quando se fala de terceirização lícita, deve-se entender por aquela denominada como terceirização de serviços. Neste caso, tem-se uma empresa tomadora de serviços que não exerce poder de chefia sobre o trabalhador contratado pela empresa prestadora de serviços. Portanto, na relação de trabalho entre a empresa tomadora e o trabalhador, inexistente subordinação e pessoalidade.

No tocante à terceirização ilícita, deve-se ter em mente a intermediação de mão de obra, que com exceção do que está previsto pela Lei 6.019/74, é uma fraude. Isso se justifica, porque ao contratar uma empresa prestadora de serviços, na verdade, a empresa tomadora de serviços adquire mão de obra para compor seu quadro de empregados. Logo, percebe-se que na relação de trabalho entre a empresa tomadora e o trabalhador, existe subordinação e pessoalidade.

A subordinação é analisada por Rubens Ferreira de Castro da seguinte forma:

Não poderá o tomador dos serviços estabelecer ordens técnicas ou regulamentares diretas ao trabalhador contratado pela prestadora de serviços. Também não poderá aplicar-lhe punições disciplinares, pois se assim agir, estará

transferindo o vínculo de emprego da prestadora para si, pois cristalizar-se-á a figura empregado [...]<sup>9</sup>

Sobre a pessoalidade, o mesmo autor observa que:

[...] essa ausência de pessoalidade caracteriza-se pela ausência de ligação pessoal entre o trabalhador (empregado da prestadora de serviços) e a tomadora. A prestadora poderá substituir seu empregado sempre que lhe convier, estando obrigada, por força do contrato que celebrou com a tomadora, apenas a manter em execução os serviços contratados.<sup>10</sup>

No entanto, muitos doutrinadores, na tentativa de delimitar o que configura a licitude ou a ilicitude da terceirização, não costumam levar em consideração os princípios sob os quais o Direito do Trabalho está firmado. Caindo, em grande maioria, na discussão acerca da questão entre atividade-meio e atividade-fim.

Neste sentido, enfatiza Rodrigo de Lacerda Carelli:

[...] a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que nada mais é do que o entendimento sedimentado da mais alta corte trabalhista do país sobre a matéria, que, porém, não tem força de lei, nem vincula os juízes dos primeiros graus de jurisdição. Portanto, a maioria dos escritos segue e tenta decifrar a Súmula nº 331 sem ao menos entender as razões pelas quais uma terceirização pode ser tida como lícita ou ilícita, realizando desdobramentos argumentativos sobre a diferença entre atividade-fim e atividade-meio.<sup>11</sup>

Seguindo a lógica de que terceirização lícita ou ilícita não se definem através da mera detecção do exercício de atividade-meio ou atividade-fim, Sérgio Pinto Martins, focaliza na existência do fornecimento de mão de obra para verificar o problema, ressaltando que “a terceirização ilegal ou ilícita é a que se refere a locação permanente de mão de obra, que pode dar ensejo a fraudes e prejuízos em relação aos trabalhadores.” (MARTINS, 1997, p. 136).

O referido autor, ainda fornece instrumentos capazes de conduzir a verificação da licitude da terceirização, quais sejam:

- a) idoneidade econômica da terceirizada; b) assunção de riscos pela terceirizada;
- c) especialização nos serviços prestados; d) os serviços devem ser dirigidos pela

---

<sup>9</sup> CASTRO, Rubens Ferreira de. *A Terceirização no Direito do Trabalho*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 99.

<sup>10</sup> CASTRO, Rubens Ferreira de. *A Terceirização no Direito do Trabalho*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 98

<sup>11</sup> CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 73

própria empresa terceirizada; e) utilização do serviço principalmente em relação à atividade-meio da empresa que terceiriza serviços, evitando-se a terceirização da atividade-fim; f) necessidade extraordinária e temporária de serviços.<sup>12</sup>

Cabe destacar, que quando da incidência da intermediação de mão de obra, ou seja, contratação de mão de obra por meio de empresa interposta, com identificação do vínculo de emprego direto entre o trabalhador e a empresa beneficiária, a jurisprudência invoca o princípio da primazia da realidade. Dessa forma, haverá responsabilização contratual direta da empresa tomadora de serviços em relação ao trabalhador, de modo que se retifique a carteira de trabalho e que seja feito o ressarcimento pelas verbas não pagas pelo real empregador de serviços.

---

<sup>12</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2014. p 136.



### 3 TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

#### 3.1 História no Brasil

A terceirização, tal como conhecemos, possui origens na Segunda Guerra mundial, quando a produção de armamentos não acompanhava a demanda, surgindo a necessidade de delegar esse serviço a terceiros com a finalidade de suprir esse déficit.

Não tardou para que essa prática aplicada a outros segmentos produtivos viesse a se tornar um movimento internacional, chegando ao Brasil por volta de 1950, implantado por multinacionais que pretendiam tornar a produção mais eficiente, especialmente na indústria automotiva.

No entanto, foi na década de 1960 que começaram a surgir as empresas de trabalho temporário, um tipo de organização do trabalho que angariou força com o passar do tempo. Na mesma época, instaurou-se a ditadura militar no país, ocasionando flexibilizações como o sistema do Fundo de Garantia por Tempo e Serviço (FGTS) por meio da Lei n.º 5.017/66, que deu fim à estabilidade decenal. Sendo este, opcional inicialmente, tornando-se mais adiante um instrumento utilizado como condições para novas contratações e até de manutenção dos contratos preexistentes.

Segundo Antônio Fabrício de Matos Gonçalves:

Até 1964 todas as leis trabalhistas nacionais tinham caráter protetivo, a evolução legislativa de 1889 até 1964 trazia apenas ampliação de conquistas e nunca redução de direitos. A conjuntura mundial (...) era de estabilidade nas relações de trabalho e de respeito aos princípios norteadores do Direito do Trabalho. A partir de 1964, a prioridade dos governantes nacionais era o crescimento da economia, passando o Direito do Trabalho a ficar subjugado aos interesses das políticas administrativas e econômicas<sup>13</sup>

Em 1970, quando da instabilidade denominada “crise do petróleo”, vivenciou-se a alta do preço da força de trabalho, atribuída ao fato das lutas sociais. Aliado a isso, ocorreu o esgotamento do modelo fordista de acumulação, o que também contribuiu para que

---

<sup>13</sup> GONÇALVES, Antônio Fabrício de Matos. *Flexibilização Trabalhista*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 151.

modificações fossem efetuadas no sistema produtivo, através da intensificação da busca pela qualidade dos produtos.

À vista disso, observou-se o surgimento de empresas de portes menores, cujo objetivo era prestar serviços considerados de importância periférica, não pertencentes ao objeto principal da empresa beneficiária, neste seguimento, Gabriela Neves Delgado afirma que

[...]concomitantemente ao processo de descentralização das etapas periféricas de produção criado pelas grandes empresas, surgem as empresas de pequeno e médio portes, instituídas para subsidiar as de grande potencial, mediante a produção de atividades-meio, o que possibilita a complementação do ciclo do processo produtivo.<sup>14</sup>

O conjunto produzido pela alta demanda, a exigência de qualidade máxima do produto, a flexibilização e a desregulamentação das relações trabalhistas resultaram na transfiguração da terceirização na década de 90, pois o que era aplicado às etapas periféricas de produção até o momento, passou a ser utilizado como ferramenta para atividades principais. Em apertada síntese, o que antes era feito para delegar serviços de limpeza, manutenção, transporte e segurança passou a ser praticado como meio de obtenção mão-de-obra para produzir o produto principal de uma empresa.

Perante os novos padrões de gestão e estruturação do trabalho, a organização verticalizada deu espaço à horizontalizada, suprimindo a hierarquia intermediária de controle da produção e a introdução de novos processos visando eliminar o desperdício, como o *just in time*<sup>15</sup>. Dada situação provocou maior flexibilização das relações de trabalho, elidindo a intervenção estatal, o que engendrou elasticidade nas definições de carga horária, nos direitos trabalhistas e remunerações dos trabalhadores. Estas modificações afligem a sociedade, no tocante ao que está por vir, sobretudo em se tratando de países subdesenvolvidos, cujas bases do desenvolvimento político e econômico carecem de efetividade, tornando-os dependentes do capital estrangeiro, tal como é o Brasil. Melhor aponta Rodrigo de Lacerda Carelli, quando explicita que

“Ocorre também a mudança na estruturação das empresas, que, de uma estrutura verticalizada, onde uma grande empresa se ocupava de todas as etapas da

<sup>14</sup> DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2004. p. 100.

<sup>15</sup> Modelo de produção de origem japonesa, que propõe eliminar todos os desperdícios, tanto no âmbito do capital como na aplicação da mão-de-obra, aumentando a produtividade e conseqüentemente o lucro.

produção industrial, passa-se para uma organização horizontalizada, descentralizando e externalizando parte da produção a outras empresas, formando com elas uma rede de empresas para a realização do produto.”<sup>16</sup>

A transformação no modo de aplicação da terceirização em dada época no Brasil, é intitulada por Marcio Pochmann como superterceirização, que pode ser entendida como o movimento que ocasionou a complexibilidade e a diversificação das práticas terceirizáveis, patenteada pelo autor da seguinte forma

Percebe-se, portanto, que a partir do novo ambiente econômico de liberalização comercial e financeira aprofundado pelo Plano Real, houve importante constrangimento interno à expansão produtiva. Naquela oportunidade, as empresas de terceirização de mão-de-obra apresentaram-se como mais uma possibilidade de redução de custos do trabalho. Com esse objetivo, ganhou dimensão crescente a superterceirização. Ou seja, a terceirização da mão-de-obra cada vez mais vinculada ao exercício de atividade-fim nos setores de atividade e negócios da economia nacional. Por força disso, as atividades terceirizadas de destaque passaram a ser as de supervisão, inspeção de qualidade, vendas, analistas, gerentes, técnicos, entre outras.<sup>17</sup>

Ante o exposto, nota-se que a problemática pertinente aos desdobramentos da terceirização no Brasil advém da distorção da essência de seu conceito no momento da aplicação.

### 3.1.1 Histórico normativo

Neste tópico serão analisadas as principais normas pertinentes ao assunto. Será possível observar que foram realizadas inúmeras tentativas com a finalidade de sanar contradições oriundas da aplicação da terceirização no modelo de produção e de prestação de serviços brasileiro.

A legislação sobre a terceirização em âmbito privado surgiu no Brasil, ainda muito timidamente, na década de 1960, tratando, em sua maioria, da possibilidade de contratação para a prestação de serviços em relação à segurança bancária, conforme observa Rubens Ferreira de Castro:

---

<sup>16</sup> CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 42

<sup>17</sup> POCHMANN, Márcio. *Debates contemporâneos, economia social e do trabalho*, 2: a superterceirização do trabalho. São Paulo: Ltr, 2008, p. 63.

No Brasil a terceirização encontra seus primeiros sinais de existência nos Decretos-leis 1.212 e 1.216, de 1966 (que autorizam a prestação de serviços de segurança bancária por empresas interpostas na relação de trabalho); no Decreto 62.756, de 1968 (que regulamenta o funcionamento de agências de colocação ou intermediação da mão-de-obra); no Decreto-lei 1.034, de 1969 (que determina medidas de segurança para o funcionamento de empresas de segurança bancária).<sup>18</sup>

No entanto, as novas práticas de contratação da força de trabalho e de gerência de empresa utilizadas pelo mercado privado, tornaram os diplomas legais da época insuficientes para reparar as divergências emergentes da prática da terceirização. Nesse contexto, foi publicada a lei da qual trataremos a seguir.

#### 3.1.1.1 Lei nº 6019/1974

Inspirada pela lei francesa nº 72-1, de 3 de janeiro de 1972, no Brasil, em 1974, foi publicada a Lei nº 6019, que trata sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas.

Sobre esta Lei, salienta Rodrigo de Lacerda Carelli:

Em 03/01/1974 foi sancionada a Lei nº 6.019, que tratou sobre o trabalho temporário. Nesta lei sim, pela primeira e única vez, dispôs o Direito brasileiro sobre a intermediação lícita de mão-de-obra. Atendendo a interesses e preocupações das empresas, para procedimento de necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços, foi permitida a inserção de trabalhadores contratados de empresas fornecedoras de mão-de-obra temporária.<sup>19</sup>

A definição de trabalho temporário está contida no bojo do art. 2º da Lei 6019/74, que dispõe desta forma que “é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou à acréscimo extraordinário de serviços.

Deste artigo, é possível compreender o trabalho temporário como uma forma de contratação que se apresenta como alternativa econômica para as empresas que necessitam de mão-de-obra com a finalidade de complementar o trabalho de seus empregados, sempre em situações excepcionais de serviço, para atender uma necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente

<sup>18</sup> CASTRO, Rubens Ferreira de. *A Terceirização no Direito do Trabalho*. op. cit. p. 75-76.

<sup>19</sup> CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 118

Para Maurício Godinho Delgado:

“Trabalhador temporário é aquele que, juridicamente vinculado a uma empresa de trabalho temporário, de quem recebe suas parcelas contratuais, presta serviços a outra empresa, para atender a necessidade transitória de substituição do pessoal regular e permanente ou acréscimo extraordinário dos serviços da empresa tomadora.”<sup>20</sup>

Em síntese, esta Lei permite que empresas de trabalho temporário, aquelas que irão fornecer a mão de obra para empresa tomadora de serviços, poderão fornecê-la em duas situações: quando houver necessidade de aumento de pessoal momentâneo; ou para substituição momentânea da mão de obra efetiva. Em ambas alternativas, a contratação temporária teria que respeitar o período máximo de três meses, salvo autorização do Ministério do Trabalho e Emprego para prorrogação de prazo.

O artigo 4º da Lei nº6.019/74 define a empresa de trabalho temporário como *“empresa de trabalho temporário a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por elas remunerados e assistidos..”* Cumpre dizer que, trata-se de um empregador *sui generis*, pois os seus próprios empregados são repassados para que outra empresa os contrate como se próprios fossem. À esse tipo de contratação, dá-se o nome de intermediação de mão de obra.

Em regra, a intermediação de mão de obra é proibida. No entanto, a Lei no 6.019/74 é a exceção, pois permite a intermediação de mão de obra para atender necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente, bem como no caso de aumento extraordinário de serviços.

Pelo exposto, entende-se a imprescindibilidade do registro da empresa de trabalho temporário no Ministério do Trabalho, para que haja uma fiscalização mais intensa quando a empresa tomadora utilizar essa modalidade contratação, vide o texto contido no art. 5º da Lei 6019/1974, dispondo que *“o funcionamento da empresa de trabalho temporário dependerá de registro no Departamento Nacional de Mão-de-obra do Ministério do Trabalho e Previdência Social.”*

---

<sup>20</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. Op Cit. p. 440.

No contexto do trabalho temporário, o trabalhador desempenha suas atividades na empresa tomadora, estando sujeito ao poder diretivo e técnico desta empresa. No entanto, o vínculo empregatício é formado com a empresa de trabalho temporário, que remunera o trabalhador.

Vale ressaltar o artigo 12 da Lei nº 6019/74, que arrola os direitos dos trabalhadores temporários garantindo a “remuneração *equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária [...]*”

Essa remuneração equivalente pretende caracterizar o salário equitativo, que tem o objetivo de abarcar, nas vantagens concedidas aos trabalhadores temporários, os benefícios concedidos aos trabalhadores celetistas.

Neste sentido, Márcio Túlio Viana observa<sup>21</sup>: “*Note-se: da e não de; categoria e não função. Logo, não é preciso que o trabalho tenha valor igual, nem que as funções sejam idênticas. Basta que o temporário e o efetivo se enquadrem na mesma classificação genérica.*”

Além da remuneração equivalente prevista na alínea “a”, encontram-se outros direitos elencados no art. 12. Quais sejam: jornada de oito horas, férias proporcionais, repouso semanal remunerado, adicional por trabalho noturno, indenização por dispensa sem justa causa ou término normal do contrato, seguro contra acidente de trabalho e proteção previdenciária.

#### 3.1.1.2 Lei 7102/1983

A Lei nº 7.102, publicada em 20 de junho de 1983, regula a segurança para estabelecimentos financeiros, instituindo normas para a formação e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores. Através dessa lei, tornou-se viável a terceirização permanente dos serviços de vigilância.

---

<sup>21</sup> VIANA, Márcio Túlio. Trabalho Temporário, In: DUARTE, Bento Herculano Duarte. *Manual de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 214.

A necessidade dessa lei emergiu da pressão realizada pelos estabelecimentos financeiros, que reivindicavam a possibilidade de contratar esse serviço especializado. Para solucionar essa questão, elaborou-se através da lei um sistema de segurança privada com controle estatal exercido através do Ministério da Justiça e da Polícia Federal.

O art. 1º da Lei 7.102/83 estabelece que as instituições financeiras não podem funcionar sem serviço de vigilância; neste sentido, o art. 2º da referida lei determina que este serviço seja exercido por pessoas especializadas, quais sejam, os vigilantes.

Como o serviço de vigilância ostensiva e transporte só poderão ser realizados por empresas especializadas, como estipula o art. 3º da Lei nº 7.102/83, conseqüentemente, a contratação dos vigilantes só poderá ser realizada por intermédio de empresas especializadas. Com isso, nota-se que há uma hipótese de terceirização obrigatória prevista no corpo da lei supra transcrita.

Excepcionalmente, o serviço de vigilância ostensiva e de transporte de valores poderão ser executados pelo pessoal efetivo da empresa. No entanto, para poderem exercer a vigilância ostensiva e o transporte de valores, as instituições financeiras são obrigadas a cumprir o disposto nesta lei, devendo organizar e preparar seu pessoal para a execução desses serviços.

O art. 10, § 2º da mesma lei, dispõe que as empresas especializadas em serviços de segurança, além dos serviços de vigilância ostensiva e de transporte de valores, poderão exercer as atividades de segurança privada a pessoas, estabelecimentos, residências, órgãos e empresas públicas. Mas, para que elas possam funcionar dessa maneira, as empresas especializadas em de segurança devem ter autorização do Ministério da Justiça, órgão responsável fiscalização das empresas, dos cursos de formação de vigilantes e do armamento e da munição utilizados, vide art. 20 da Lei 7.102/83.

Seguindo a análise da lei supracitada, temos no art. 15 a descrição e regulamentação da categoria profissional dos vigilantes, definido como: “o empregado contratado para a execução das atividades definidas nos incisos I e II do caput e §§ 2º, 3º e 4º do art. 10”, quais sejam a vigilância ostensiva, o transporte de valores e a segurança privada.

Até o momento, a terceirização era permitida exclusivamente para os serviços vigilância. Todavia, com o advento da Lei nº 8.863/94 e criou-se a possibilidade de prestação de serviços de segurança privada a pessoas, estabelecimentos comerciais, industriais, entidades sem fins lucrativos, além de residências e empresas públicas.

### 3.1.1.3 Súmula 239 do Tribunal Superior do Trabalho

Como foi dito anteriormente, na década de 80 começaram a surgir muitos casos nos quais se precisava distinguir a intermediação de mão de obra da terceirização propriamente dita. Diante desse cenário, o Tribunal Superior do Trabalho formou acumulou diversas decisões afastando qualquer arquétipo de terceirização.

Neste momento, surge o primeiro enunciado de súmula sobre a matéria, qual seja, o de nº239, aprovado pela Resolução Administrativa do TST de nº 15/85, publicado no Diário da Justiça da União do dia 09 de dezembro de 1985, dispondo da seguinte forma: *“É bancário o empregado de empresa de processamento de dados que presta serviço a banco integrante do mesmo grupo econômico”*.

Em relação a súmula nº 239, Rodrigo de Lacerda Carelli frisa que:

Percebe-se, então, que, ao mesmo tempo em que se verifica a intenção das instituições bancárias de tentativa de utilização da terceirização com objetivo de fuga às disposições relativas aos trabalhadores bancários, bem mais benéficas, criando empresas subsidiárias para a realização de processamento de dados, verifica-se também que o TST começou abortando tal tentativa.<sup>22</sup>

### 3.1.1.4 Súmula 256 do Tribunal Superior do Trabalho

Passado pouco tempo, através da Resolução Administrativa nº 04/86, foi aprovado o Enunciado nº 256, publicado no Diário da Justiça da União de 30 de setembro de 1986, trazendo o seguinte entendimento:

“Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nos 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.”

<sup>22</sup> CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.p.78



No que diz respeito a este enunciado, melhor preceitua Rodrigo de Lacerda Carelli:

“Assim, entendeu a mais alta corte trabalhista de que a intermediação de mão de obra seria ilegal, porém cometeu um equívoco, pois não houve a separação entre intermediação e terceirização, colocando como se fosse a mesma coisa o serviço de vigilância previsto na Lei nº 7.102/83 e o trabalho temporário da Lei nº 6.019/74, que trata de uma exceção à regra de proibição de intermediação de mão de obra, ao contrário do serviço de vigilância, quando, em sua regular maioria, é prestado autonomamente e não como empresa interposta.

De qualquer forma, não tratou o enunciado de terceirização na sua forma científica, já que diz “contratação de trabalhador”, o que indica intermediação de mão de obra, já que na terceirização regular não se contrata trabalhador, e sim serviços especializados a serem realizados autonomamente.”<sup>23</sup>

Por motivos de críticas relacionadas às contradições presentes na edição da súmula nº 256, ao reconhecer a possibilidade de terceirização lícita, o TST optou por cancelá-la, vide Resolução nº 121 do TST, de 19 de novembro de 2003.

#### 3.1.1.5 Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho

Publicado no dia 21 de dezembro de 1993, após aprovação pela Resolução Administrativa nº 23/93, o Enunciado nº 331 do TST, tinha a seguinte redação:

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.

Têm-se um enunciado quando este reflete o entendimento dominante de uma corte em determinado tempo, formado por meio de precedentes sobre aquela matéria. Este que está sendo aqui retratado, é de suma importância, pois pretende desfazer imprecisão existente entre

---

<sup>23</sup> *Idem e ibidem*

terceirização e intermediação de mão de obra, para isso, faz-se mister analisá-lo minuciosamente.

O inciso I conservou o que estava prescrito pela Súmula 256, que, excetuando-se o caso de trabalho temporário, previsto pela Lei 6.019/74, a contratação de trabalhadores por empresa interposta é sempre ilegal, considerando-se o vínculo com o tomador de serviços. Conforme relatado por Rodrigo de Lacerda Carelli:

“[...] Ou seja, é proibida a intermediação de mão de obra, de qualquer forma, sob qualquer circunstância, com exceção da única possibilidade existente na lei de intermediação lícita de mão de obra, que é aquela realizada por empresa de trabalho temporário, desde que sejam seguidos os rigorosos requisitos impostos naquela lei.”<sup>24</sup>

O inciso II apresenta uma exceção ao tratar da prestação serviços à Administração Pública, ao expor que não há geração de vínculo automática com o tomador de serviços em caso de intermediação de obra por órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional. Esta situação visa cumprir o que prescreve o art. 37 da constituição federal. Nesse ponto, é preciso lembrar que a intermediação de mão de obra permanece proibida, mas sem a interposição de vínculo, o que se feito fosse, configurar-se-ia como violação à regra constitucional democrática do concurso público.

O inciso III não deve ser interpretado como uma exceção a regra do inciso I, visto que trata sobre terceirização de serviços e não sobre intermediação de mão de obra. Desse modo, ressalta que não há formação de vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância, terceirização regulamentada pela Lei n.º 7.102/83 e de conservação e limpeza, além de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador. Sobre esse assunto, Rodrigo de Lacerda Carelli se manifesta no sentido de que:

“[...] não será sempre que na atividade-meio não se dará o vínculo, pois, ao final do inciso, salienta a Súmula que este não existirá desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. Com isso, reafirmou o TST a impossibilidade de intermediação de mão de obra, dando vazão ao Princípio da Primazia da Realidade, onde a situação de fato prevalece sobre a ficção jurídica.”<sup>25</sup>

<sup>24</sup> CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 81.

<sup>25</sup> CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 81.

Ou seja, havendo pessoalidade e subordinação direta, será constituído o vínculo de emprego com a tomadora de serviços. Recordando que a pessoalidade e a subordinação são requisitos inerentes para configuração desse vínculo e possuem previsão no artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho. Portanto, sendo preenchidos todos os requisitos da relação empregatícia, o vínculo de emprego com a empresa tomadora deverá ser reconhecido em consonância com o princípio da primazia da realidade.

A Resolução nº 174 de 2011 modificou a redação do inciso IV e acrescentou os incisos V e VI à súmula 331. O que resultou na seguinte redação:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item iv, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 8.666, de 21/06/1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais elegais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral

Estes incisos tratam da subsidiariedade com a qual a tomadora de serviços responderá em relação às obrigações trabalhistas caso o devedor principal, prestadora de serviços, não as cumpra.

Ressalta-se que a problemática concernente a súmula em pauta, é resultado da utilização dos conceitos de atividade-fim e atividade-meio, pelo motivo de que quando inseridas num modelo de produção mais complexo, há carência de recursos para distingui-las.

#### 3.1.1.6 Lei nº 13.429/2017

Publicada no dia 31 de março de 2017, a Lei nº 13.429 alterou diversos dispositivos da Lei 6.019/74 e ampliou o seu campo de regulamentação ao tratar da terceirização de serviços.

Os acréscimos e alterações provenientes da Nova Lei de Terceirização serão examinados detalhadamente no quarto capítulo deste trabalho, além da exposição do momento

político no qual a nova norma foi implementada ao ordenamento jurídico e da análise das prováveis consequências.

## 4 TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

### 4.1 Aspectos gerais

A Administração Pública brasileira, a partir da década de 80, iniciou um processo de reforma, tendo em vista reduzir o tamanho do seu aparelhamento administrativo, para se tornar mais eficiente, flexível e focalizada no atendimento ao cidadão. Com isso, surgiu o instituto da privatização, em sentido amplo, que retratou, dentre outras coisas, a quebra de monopólios de atividades exercidas exclusivamente pelo poder público; a delegação de serviços públicos aos particulares; e a terceirização, na qual se recorria à colaboração de entidades privadas no desempenho de atividades acessórias da Administração<sup>26</sup>.

O objetivo do Estado ao valer-se desse tipo colaboração, era a economicidade, compreendida não somente como a economia de recursos, mas também em termos de rendimento pelo capital empregado, ao se utilizar da prestação de serviços especializada fora dele e da redução de custos com a gestão dos serviços executados<sup>27</sup>.

Nesse contexto, Dora Maria de Oliveira Ramos aborda o conceito de privatização, em sentido amplo:

“O termo (privatização) abrange uma acepção ampla e outra restrita. Genericamente pode-se englobar no conceito amplo de privatização todo um conjunto de medidas adotadas com o objetivo de diminuir a influência do Estado na economia, ampliando a participação da iniciativa privada em uma série de atividades antes sob controle estatal. Essa concepção ampla abrange a venda de ativos do Estado, notadamente com a transferência do controle acionário de empresas estatais (desnacionalização); a desregulamentação, diminuindo a intervenção do Estado no domínio econômico, inclusive com a flexibilização das relações trabalhistas e a desmonopolização de atividades econômicas; a concessão, permissão ou autorização de serviços públicos e a adoção, cada vez mais freqüente, de contratações externas (contracting out), com a celebração de ajustes para que a iniciativa privada desempenhe atividades no âmbito do setor público. Essas contratações têm sido, no direito brasileiro, denominadas de terceirização.”<sup>28</sup>

Vale dizer, que gestão de serviço público é a forma pela qual se administra o próprio serviço público, podendo ocorrer em três níveis: gestão estratégica, gestão operacional e

<sup>26</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, *passim*.

<sup>27</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: Privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, *passim*.

<sup>28</sup> RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Terceirização na Administração Pública*. São Paulo: LTr, 2001, p. 40.

execução material. A primeira está ligada à definição de macro objetivos e estratégias. A gestão operacional refere-se à forma como as atividades serão realizadas, e o último nível configura-se pela simples execução material das atividades.

Ao observar estes conceitos na esfera prática, quando se trata da descentralização por colaboração (concessão e permissão), a gestão estratégica do serviço fica a cargo do Poder Público, sendo delegadas a gestão operacional e a execução direta da atividade.

Na descentralização por serviços, quando o Poder Público delega, mediante lei, a execução de um serviço público a uma pessoa jurídica de direito público ou privado criado para esse fim (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista ou fundações públicas), as entidades recebem a própria titularidade do serviço público.

As duas hipóteses descritas acima são espécies de descentralização, que pode ser compreendida como o repasse de competências exercido pelo Poder Público para uma entidade dotada de personalidade jurídica.

Na terceirização (em sentido estrito), o Poder Público não delega a gestão estratégica nem operacional, apenas repassa a execução material de determinado serviço. Portanto, verifica-se que a concessão não se confunde com a terceirização, isso porque na primeira, o concessionário recebe a gestão operacional do serviço público e presta-o em seu próprio nome. Inclusive a remuneração por ele recebida é realizada diretamente pelos usuários dos serviços. Já na terceirização, o contratado é mero executor da atividade (que lhe foi atribuída pelo gestor operacional, que é quem o remunera por meio de contrato), a qual constitui apenas elementos ou tarefas anexas ao serviço público, com ausência de laço contratual com os usuários do serviço público. Além disso, o objeto da concessão é todo um serviço público, enquanto na terceirização é apenas uma atividade específica.<sup>29</sup>

Constata-se então que, por meio da terceirização, a Administração se utiliza dos meios privados da execução dos serviços para transferir a execução material, mantendo, contudo, a titularidade do serviço público, a qual é constitucionalmente atribuída a ela.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Terceirização na Administração Pública*. São Paulo: LTr, 2001, p. 121

<sup>30</sup> RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Terceirização na Administração Pública*. São Paulo: LTr, 2001, p. 44

## 4.2 Origem normativa

O primeiro texto legal que tratou da terceirização no setor público foi o Decreto-lei nº 200/67. Neste, era indicado que a Administração Pública recorresse, sempre que possível, à execução indireta de algumas atividades, mediante contrato, e desde que satisfeitas algumas condições. Configurando, dessa forma, a descentralização, como pode ser visualizado através dos termos do art. 10º, §7º, do Decreto-lei:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Contudo, a terceirização passou a ser amplamente utilizada a partir da instauração do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado em 1995, por meio do qual foram criadas novas carreiras de nível superior e extintos cargos de nível médio e intermediário, elegendo-a como a política de contratação desses serviços.

Na Constituição Federal de 1988, também há previsão do instituto. Como pode ser observado na redação do artigo 37, inciso XXI:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Por meio do exposto, nota-se que a contratação de serviços de terceiros pela Administração Pública foi consentida, desde que houvesse lei específica prevendo licitação e regras para os contratos a serem realizados. Este dispositivo constitucional foi posteriormente regulamentado pela Lei 8.666/93, a qual deu início à multiplicação de contratos no país.

Em 1997, foi editado o Decreto Federal nº 2.271, cujo objetivo era regulamentar a contratação de serviços na Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, por meio da estipulação de um rol de atividades que devem ser preferencialmente executadas de

forma indireta: conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações.

#### 4.3 Limites na terceirização exercida pelo Estado

Entende-se doutrinária e legalmente que a Administração Pública pode, tão somente, utilizar-se das formas de terceirização previstas em lei, sob pena de ilegalidade do ato e responsabilização do agente que o praticou e que, por via de regra, devem ser precedidas de licitação.

Tendo em vista essa afirmação, o desembargador Sérgio Pinto Martins<sup>31</sup>, aponta algumas formas de terceirização assentidas no âmbito do Poder Público, quais sejam:

1. Contratação temporária de servidores para atender à necessidade transitória de excepcional interesse público nos casos de calamidade pública, combate a surtos endêmicos, recenseamentos, admissão de professores substitutos ou visitantes, atividades especiais nas organizações das Forças Armadas para atender à área industrial ou encargos temporários e serviços de Engenharia, consoante os artigos 1º e 2º da Lei nº 8.745/93.

2. Concessão e permissão da prestação de serviços públicos, regulado pela Lei nº 8.987/95. Sendo a concessão “o contrato administrativo em que a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço, obra pública, ou cede o uso de um bem público, para que o execute por sua conta e risco, no prazo e condições estabelecidas, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração” (MARTINS, 2014 p.153); e a permissão “um ato administrativo unilateral, discricionário, precário, gratuito ou oneroso, em que a Administração Pública delega ao particular a execução de um serviço público ou a utilização de um bem público” (MARTINS, 2014 p.154).

3. Execução de serviços de saúde e ensino pela iniciativa privada como forma de complementar os sistemas públicos, conforme artigos 199 §1º e 209 da Lei Magna (MARTINS, 2014, p.155).

---

<sup>31</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p 152-156.



É importante ressaltar, que para além da legalidade, devem ser observados os princípios da economicidade e eficiência como fatores delimitadores do uso da terceirização no setor público. A eficiência da qual falamos, refere-se à excelência dos meios utilizados para consecução dos objetivos, a qual deve ser perseguida pela Administração. Pois, chega-se a imaginar que a simples introdução da terceirização venha a possibilitar mais eficiência na prestação dos serviços, o que no entanto, é associção pode não ocorrer numa eventualidade em que surjam fatos como a corrupção; que acarreta custos adicionais com a fiscalização; o monopólio, que gera onerosidade e ineficiência; além de pouco investimento de pessoal na empresa terceirizada e maior rotatividade, restando por estimular perda da qualidade.

Nesse sentido, assevera a doutrinadora Dora Maria de Oliveira Ramos acerca do princípio da economicidade:

“(...) Por essa razão, devem ser realizadas análises que evidenciem que a execução por particulares é a que melhor atende o interesse público, ou qual a melhor forma para se prestar cada atividade, a fim de obter efetiva vantagem, tendo em vista os princípios norteadores da Administração Pública, principalmente da economicidade, entendida como a aplicação racional dos recursos públicos visando o melhor custo-benefício para a sociedade.”<sup>32</sup>

Ao estabelecer a contratação de serviços pela Administração Pública, a Lei 8.666/93 exhibe um rol exemplificativo das atividades terceirizáveis, quais sejam, demolição, operação, conserto, instalação, montagem, conservação, manutenção, reparação, adaptação, transporte, locação de bens, seguro, publicidade, ou trabalhos técnicos profissionais.

Já o Decreto Federal 2.271/97, prevê uma vedação para terceirização na Administração Pública, qual seja, a execução por terceiros de atividades intrínsecas a cargos pertencentes ao sistema administrativo de órgão ou entidade pública, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.<sup>33</sup>

Com isso, é possível depreender, sinteticamente, que a questão da terceirização e a violação à questão referente ao concurso público não é uma matéria simples, ao envolver alguns aspectos que carecem de compreensão. Isso porque, a Administração Pública tem a

---

<sup>32</sup> RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Terceirização na Administração Pública*. São Paulo: LTr, 2001, p. 143

<sup>33</sup> RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Terceirização na Administração Pública*. São Paulo: LTr, 2001, p. 132

obrigação de criar empregos ou cargos inseridos em seu núcleo fundamental, os quais só podem ser desempenhados por servidores públicos devido a sua relevância para o interesse público. Contudo, existem outras atividades que não condizem com esse núcleo exclusivo e que, por isso, poderiam ser terceirizadas, desde que observados os princípios da moralidade e economicidade.

A referida autora discorre da seguinte forma:

“(...) desde que a contratação seja firmada dentro desse quadro, em que o ajuste fica caracterizado em termos similares àqueles em que a lei civil regula os contratos de locação de serviços ou de empreitada, tendo por escopo a execução de objeto determinado por empresa nele especializada, que conjugue os fatores de produção para isso necessários, envolvendo atividades materiais de apoio ao trabalho desenvolvido pelo setor público, dúvida maior não surge acerca da legalidade e legitimidade do ajuste.”<sup>34</sup>

E ainda indica, que a utilização da terceirização pelo Poder Público poderia ser realizada para além das atividades-meio, desde que seja pautada em lei, pois, conforme seu entendimento, a sua aplicação deve ser pautada estritamente pela observância do princípio da legalidade:

“Para melhor atingir a finalidade pública de sua instituição, no entanto, sem se afastar das funções que lhe foram legalmente atribuídas, observados os instrumentos formais impostos pelo ordenamento jurídico, a princípio parece possível conceber uma terceirização que se confunda com facetas da atividade-fim do órgão ou entidade”.<sup>35</sup>

#### 4.4 Terceirização no âmbito das entidades do terceiro setor

A expressão “ente público”, no exercício da função administrativa, justifica-se pelo fato de que, mesmo as entidades privadas que estejam no exercício de função pública, ainda que tenham personalidade jurídica de direito privado, submetem-se ao procedimento licitatório.

Nessa esteira, a Constituição Federal estabeleceu em seu art. 22, inciso XXVII:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:  
XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as

<sup>34</sup> RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Terceirização na Administração Pública*. São Paulo: LTr, 2001, p. 127

<sup>35</sup> RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Terceirização na Administração Pública*. São Paulo: LTr, 2001, p. 126

empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

O princípio da indisponibilidade do interesse público também exige que as empresas estatais, embora regidas pelo direito privado, submetam-se à licitação, uma vez que administram recursos total ou parcialmente públicos.

Assim, estão sujeitos à licitação todos os órgãos da Administração Pública direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Ocorre que, a partir da década de 90, a sociedade tomou uma nova dimensão, redefinindo os limites dos setores da economia. Aos dois setores tradicionalmente existentes, setor público e privado, acresceu-se uma nova esfera econômica, o denominado terceiro setor. A partir dessa nova divisão, como visto, ocupam o primeiro setor as entidades regidas pelo regime jurídico de direito público, a saber, o Governo, nos âmbitos municipal, estadual e federal, e as entidades de administração públicas indiretas. O segundo setor, por seu turno, compreende as pessoas jurídicas de direito privado, que atuam no mercado com finalidade de obtenção de lucro. Já o terceiro setor *é visto como conjugação entre as finalidades do Primeiro Setor (Estado) e organização do Segundo Setor (mercado), ou seja, composto por entidades de natureza privada que objetivam interesses públicos e coletivos, a despeito de não integrarem a Administração Pública.*<sup>36</sup>

Complementando a definição supra, Ferrari esclarece que o terceiro setor *é formado por fundações, associações e organizações (sociais e de interesse público), que não pertencem nem a administração direta, nem a administração indireta.*<sup>37</sup>

Interessa esclarecer que a Constituição Federal, em momento algum, se refere diretamente ao terceiro setor. E, em relação a isso, Tarso Cabral Violin explicita:

---

<sup>36</sup> BRAGA, Luziânia C. Pinheiro. Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP): Promoção e Construção de (novos) Direitos e Assessoria Jurídica de Caráter Suplementar. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.). *Terceiro Setor*. Empresas e Estado – Novas Fronteiras entre o Público e o Privado. Minas Gerais: Fórum, 2007, p.263.

<sup>37</sup> FERRARI, Paola Nery; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Controle das Organizações Sociais*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.58.

“Nossa Constituição da República de 1988 utiliza vários termos ao se referir às entidades do terceiro setor, como instituições sem fins lucrativos, instituições assistenciais, entidades beneficentes de assistência social, entidades filantrópicas, entidades sem fins lucrativos, entidades beneficentes, entidades de assistência social, e escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, com finalidade não-lucrativa”<sup>38</sup>

O terceiro setor ocupa o espaço público não-estatal e engloba diversas espécies de entidades com finalidades públicas e sem fins lucrativos, as quais se individualizam, sobretudo, pela forma de constituição e área de atuação, sendo as espécies de maior destaque as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs e as Organizações Sociais – OSs.

As OSs são pessoas jurídicas de direito privado, sem finalidade lucrativa, criadas para prestar serviços sociais não-privativos do Poder Público, mas por ele incentivadas e fiscalizadas, e assim qualificadas após o ajuste de um contrato de gestão, instituído pela Lei nº 9.637/98. Já as OSCIPs têm conceito similar, porém com requisitos mais rígidos para que receba essa qualificação jurídica. As entidades têm algumas características semelhantes, como, além do regime jurídico de direito privado, as limitações genéricas e os objetivos próximos e a relação direta com o Estado. Contudo, há também importantes distinções relativas ao instrumento que formaliza as relações, às áreas de atuação, à discricionariedade do ato de certificação e a presença do Poder Público no Conselho de Administração, por exemplo.

Atualmente, há uma numerosa quantidade de entidades em funcionamento no terceiro setor, e muitas vezes, estas entidades trabalham em conjunto com a Administração Pública, mesmo não a integrando, pois assim, possibilitam um enfoque melhor à prestação de determinados serviços, pertinentes a certas atividades.

Esta colaboração mútua entre os dois setores denomina-se parceria, que deve ser formalizada. Para tanto, foram criados determinados instrumentos jurídicos, como o convênio, o termo de parceria e o contrato de gestão, como já apontado, no caso das OSs, que buscam otimizar os serviços prestados, para que se atenda de forma mais completa ao princípio da eficiência, previsto no art. 37, caput, da Constituição da República.

---

<sup>38</sup> VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: Uma Análise Crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 131.

Cumprir dizer que, quando o Estado reconhece a prestação de serviços por parte de uma entidade do terceiro setor, o faz por meio de uma qualificação como entidade de utilidade pública, baseada no atendimento de requisitos previstos em legislação especial, como a lei 9.790/99, que regulamenta a OSCIP. Nesse sentido, pode-se afirmar que a Constituição criou dispositivos favoráveis à parceria entre a Administração Pública e o terceiro setor, o que ocorre quando o Estado fomenta a atividade ou serviço prestado pela entidade.

O surgimento do terceiro setor se deu durante a década de 90, quando o Poder Público, por enfrentar séria crise econômica, viu-se obrigado a encontrar meios para reduzir as despesas, sem, contudo, deixar a população à mercê dos serviços sociais fundamentais que lhes são constitucionalmente assegurados, como, por exemplo, saúde, educação e assistência social, dentre outros tantos.

Logo, com o escopo de não só desincumbir-se da obrigação constitucional de prestar diretamente tais serviços à população, mas também o de diminuir o dispêndio de receitas, o Poder Público, a partir da reforma constitucional operada pela Emenda Constitucional nº 19/98, e pela regulamentação por meio de leis ordinárias, engendrou meios para transmitir seus encargos à estas entidades privadas sem fins lucrativos. Deste modo, legitimou-se a delegação da obrigação estatal de prestar serviços sociais para tais entidades, mediante o recebimento de uma série de benefícios e incentivos por parte do Poder Público.

Uma das principais medidas utilizadas para essa finalidade é o contrato de gestão, já mencionado, o qual visa a “instituir parceria entre o poder público e uma organização não governamental qualificada pelo poder público, sob certas condições, para prestar atividade de interesse público mediante variadas formas de fomento pelo Estado”, conforme ensina Di Pietro<sup>39</sup>

Cabe dizer que, por conta dos benefícios considerados excessivos concedidos às Organizações Sociais, por intermédio do contrato de gestão, grande parte dos juristas defende que as vantagens auferidas pelas entidades privadas através deste contrato, além da liberalidade na utilização dos recursos auferidos, viriam a contrariar certos princípios da Administração Pública, como a impessoalidade, moralidade e eficiência, cuja observância não pode ser afastada, haja vista, principalmente, a utilização de receitas e bens públicos na

---

<sup>39</sup> DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 210.

consecução dos serviços. Quanto à terceirização por meio dessas entidades, sabe-se que qualquer repasse de atuações do Estado para o terceiro setor apenas pode ocorrer com relação às atividades-meio das entidades estatais, o que seria uma forma de terceirização lícita. Quando a Administração Pública firma um acordo de vontade com terceiros para que estes exerçam alguma atividade para o Poder Público, seja por meio de contratos administrativos, convênios, contratos de gestão, termos de parceria, ou qualquer outra denominação, isso é considerado terceirização.

Qualquer terceirização a ser realizada pela Administração Pública, independentemente do instrumento a ser utilizado, apenas será lícita se o objeto for a execução de alguma atividade-meio do órgão ou entidade estatal. À vista disso, não pode a Administração Pública terceirizar atividades-fim do Estado para a iniciativa privada, por meio de contratos administrativos regidos pela Lei 8.666/93, por se considerar esta prática como burla ao concurso público, e, igualmente, permitir a terceirização de atividades-fim para entidades do terceiro setor por meio de convênios, contratos de gestão com organizações sociais e termos de parceria com OSCIPs.

As normas que tratam dos convênios, dos termos de parceria com as OSCIPs ou dos contratos de gestão com as organizações, em qualquer momento alteram o ordenamento jurídico brasileiro no sentido de permitirem que o Estado repasse atividades próprias, serviços sociais, para o terceiro setor. Gustavo Justino de Oliveira e Fernando Borges Mânica, nesse aspecto, ressaltam:

“(...) a OSCIP deve atuar de forma distinta do Poder Público parceiro, ou seja, deve ser clara a separação entre os serviços públicos prestados pela entidade pública e as atividades desenvolvidas pela OSCIP (...) impedindo-se, assim a caracterização de uma forma ilegal de terceirização de serviços públicos. Afinal, o termo de parceria é instrumento criado para que entidades do terceiro setor recebam incentivo para atuar ao lado do ente público, de maneira distinta dele, e não para que substitua tal ente, fazendo as vezes do Poder Público.” (grifo nosso)<sup>40</sup>

Na mesma linha, Di Pietro<sup>41</sup> defende o papel de fomentador do terceiro setor, pelo Estado, mas aduz que a extinção de órgãos ou entidades estatais e a paulatina diminuição da prestação de serviços sociais pelo Estado, apenas com o incentivo da iniciativa privada, por

<sup>40</sup> OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de, MÂNICA, Fernando Borges. *Organizações da sociedade civil de interesse público: termo de parceria e licitação*. In: Fórum administrativo – Direito Público, ano 5, nº 49. Belo Horizonte: Fórum, mar/2005, p. 5209-5351.

<sup>41</sup> DI PIETRO. Maria Sílvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 210.

meio das parcerias “em muitos casos, poderá esbarrar em óbices constitucionais, já que é a Constituição que prevê os serviços sociais como dever do Estado e, portanto, como serviço público”.

Ainda sobre a fuga do regime jurídico administrativo e as parcerias, a autora indaga:

“Qual a razão pela qual a Constituição estabeleceu normas sobre licitação, concurso público, controle, contabilidade pública, orçamento e as impôs para todas as entidades da Administração Pública? Será que as impôs porque se entendeu que elas são essenciais para proteger a coisa pública ou foi apenas por amor o formalismo? E se elas são essenciais, como se pode conceber que, para escapar às mesmas, se criem institutos paralelos que vão administrar a mesma coisa pública por normas de direito privado, inteiramente à margem das normas constitucionais?”<sup>42</sup>

#### 4.5 Desenvolvimento de vínculo empregatício com a Administração Pública

Em conformidade com o que já foi exposto, sabe-se que os empregados da empresa prestadora de serviços não devem ter qualquer tipo de subordinação direta com a tomadora, para evitar que estejam presentes os requisitos da relação de emprego, que possuem o condão de presumir a formação de vínculo. Esta subordinação, é a subordinação jurídica, que se distingue da subordinação técnica.

A subordinação jurídica é caracterizada pela possibilidade do empregador selecionar, dirigir e assalariar seus empregados, enquanto a subordinação técnica diz respeito à empresa contratada como o serviço deve ser prestado, ou seja, essa permitida à tomadora. Para caracterizar a subordinação, porém, é necessário que haja ordens diretas aos empregados, além de submissão ao seu poder disciplinar.<sup>43</sup>

É salutar esclarecer que, conforme inciso II da Súmula 331 do TST, a contratação irregular realizada pela Administração Pública, ao contrário do que ocorre no setor privado, seja por fraude na terceirização ou inidoneidade da prestadora de serviços, não formará vínculo de emprego, considerando-se que o inciso II do art. 37 da Carta Magna prevê que a investidura em cargo ou emprego público depende obrigatoriamente de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos. Tal regra se estende às autarquias, empresas

<sup>42</sup> DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 296.

<sup>43</sup> DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 215.

públicas ou sociedades de economia mista, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 21.322-1 DF, cuja ementa segue:

EMENTA: CARGOS e EMPREGOS PÚBLICOS. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA, INDIRETA e FUNDACIONAL. ACESSIBILIDADE. CONCURSO PÚBLICO. A acessibilidade aos cargos públicos a todos os brasileiros, nos termos da Lei e mediante concurso público e princípio constitucional explícito, desde 1934, art. 168. Embora cronicamente sofismado, mercê de expedientes destinados a iludir a regra, não só foi reafirmado pela Constituição, como ampliado, para alcançar os empregos públicos, art. 37, I e II. Pela vigente ordem constitucional, em regra, o acesso aos empregos públicos opera-se mediante concurso público, que pode não ser de igual conteúdo, mas há de ser público. As autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista estão sujeitas a regra, que envolve a administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Sociedade de economia mista destinada a explorar atividade econômica está igualmente sujeita a esse princípio, que não colide com o expresso no art. 173, PAR.1. Exceções ao princípio, se existem, estão na própria Constituição. (STF - Tribunal Pleno - MS 21.322 - Relator Ministro Paulo Brossard - julgado em 03/12/1992, DJ 23-04-1993).

A Constituição prevalece sobre a Consolidação das Leis do Trabalho e os princípios do Direito do Trabalho. Desta forma, o princípio da primazia da realidade, nesse caso, não pode se sobrepor à norma constitucional. Portanto, não há que se falar em formação de vínculo de emprego com a Administração Pública sem a realização prévia de concurso público.<sup>44</sup>

#### 4.5.1 Efeitos da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº16 do Supremo Tribunal Federal

A ADC nº 16 reconheceu a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8666/93, sem, contudo, permitir que os entes públicos ficassem completamente isentos de qualquer responsabilidade por eventuais débitos trabalhistas inadimplidos por empresas contratadas mediante regular procedimento licitatório, deslocando-se a questão para o contexto fático.

Verifica-se que antes do julgamento da referida ADC, a Súmula imputava a responsabilidade do Poder Público, nos casos de terceirização, com fundamento na presunção absoluta de culpa, isto é, na responsabilidade objetiva, com base no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, bastando, exclusivamente, o inadimplemento das obrigações trabalhistas.

Afastada pela ADC nº 16 essa possibilidade de responsabilização objetiva dos entes públicos, a questão foi deslocada para o contexto fático-probatório a ser produzido em cada

<sup>44</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p 148.



demanda ajuizada junto ao Judiciário Trabalhista. Necessária, pois, a prova da ilicitude, fraude, inexecução culposa, ou omissão ou imperfeição na fiscalização do contrato de licitação.

Assim, as partes e o Juiz devem cuidar das provas, da efetiva atuação culposa, e, portanto, subjetiva, do agente público, no sentido de causar, direta ou indiretamente, o indébito trabalhista para os empregados que lhes tenha prestado serviços intermediados.

Caberá ao Juiz, então, decidir, conforme o seu livre convencimento, desde que motivado e devidamente fundamentado. Se, por fim, restar comprovado que a Administração Pública, por seu agente, concorreu com o descumprimento da legislação trabalhista, atrairá para si a responsabilidade pelos débitos decorrentes.

Ivani Contini Bramante, nesse contexto, sustenta que *havendo nexa causal, não obsta o reconhecimento da responsabilidade do Poder Público, ainda que subsidiária, por conta da aplicação de outras normas previstas no ordenamento jurídico*<sup>45</sup>. Nesse sentido, é possível citar os artigos 27, 58, III e 67, caput e § 1º da própria Lei 8666/93, que comandam a responsabilidade na fiscalização da execução do contrato de licitação, a seguir transcritos:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:  
I - habilitação jurídica;  
II- qualificação técnica  
III - qualificação econômico-financeira;  
IV – regularidade fiscal e trabalhista; (Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011) (Vigência)  
V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 9.854, de 1999)

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:  
(...)  
III - fiscalizar-lhes a execução (grifo nosso)

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.  
§1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução

---

<sup>45</sup> BRAMANTE, Ivani Contini. *A aparente derrota da súmula 331/TST e a responsabilidade do poder público na terceirização*. in Decisório Trabalhista: repositório de jurisprudência, STF, STJ, TST, TRTs. Ed. N. 199 – fev 2011, p. 25.

do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados. (grifo nosso)

De certo modo, a Justiça Trabalhista não deixou de imputar responsabilidade à Administração Pública por débitos trabalhistas de suas contratadas após o julgamento da ADC nº 16. Todavia, essa imputação se relaciona à verificação, no conjunto fático-probatório, da culpa *in vigilando* da Administração Pública, conforme se depreende da ementa de alguns julgados abaixo colacionados:

“AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADC 16. CULPA IN VIGILANDO. OMISSÃO DO ENTE PÚBLICO NA FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. DESPROVIMENTO.

Confirma-se a decisão que, por meio de despacho monocrático, negou provimento ao agravo de instrumento, por estar a decisão recorrida em consonância com a Súmula 331, IV, do c. TST. Nos termos do entendimento manifestado pelo E. STF, no julgamento da ADC- 16, em 24/11/2010, é constitucional o art. 71 da Lei 8666/93, sendo dever do judiciário trabalhista apreciar, caso a caso, a conduta do ente público que contrata pela terceirização de atividade-meio. Necessário, assim, verificar se ocorreu a fiscalização do contrato realizado com o prestador de serviços. No caso em exame, o ente público não cumpriu o dever legal de vigilância, registrada a omissão culposa do ente público, ante a constatada inadimplência do contratado no pagamento das verbas trabalhistas, em ofensa ao princípio constitucional que protege o trabalho como direito social indisponível, a determinar a sua responsabilidade subsidiária, em face da culpa *in vigilando*. “Agravo de instrumento desprovido”. (TST, Ag-AIRR- 153040-61.2007.5.15.0083, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 15/12/2010, 6ª Turma, Data de Publicação: 28/01/2011)

“RECURSO DE REVISTA - ENTE PÚBLICO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADC Nº 16 - JULGAMENTO PELO STF - CULPA IN VIGILANDO - OCORRÊNCIA NA HIPÓTESE DOS AUTOS - ARTS. 58, III, E 67, CAPUT E § 1º, DA LEI Nº 8.666/93 - INCIDÊNCIA. O STF, ao julgar a ADC nº 16, considerou o art. 71 da Lei nº 8.666/93 constitucional, de forma a vedar a responsabilização da Administração Pública pelos encargos trabalhistas devidos pela prestadora dos serviços, nos casos de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do vencedor de certame licitatório. Entretanto, ao examinar a referida ação, firmou o STF o entendimento de que, nos casos em que restar demonstrada a culpa *in vigilando* do ente público, viável se torna a sua responsabilização pelos encargos devidos ao trabalhador, já que, nesta situação, a administração pública responderá pela sua própria incúria. Nessa senda, os arts. 58, III, e 67, caput e § 1º, da Lei nº 8.666/93 impõem à administração pública o ônus de fiscalizar o cumprimento de todas as obrigações assumidas pelo vencedor da licitação (dentre elas, por óbvio, as decorrentes da legislação laboral), razão pela qual à entidade estatal caberá, em juízo, trazer os elementos necessários à formação do convencimento do magistrado (arts. 333, II, do CPC e 818 da CLT). Na hipótese dos autos, além de fraudulenta a contratação do autor, não houve a fiscalização, por parte do Estado- recorrente, acerca do cumprimento das ditas obrigações, conforme assinalado pelo Tribunal de origem, razão pela qual deve ser mantida a decisão que o responsabilizou subsidiariamente pelos encargos devidos ao autor. Recurso de revista não conhecido”. (TST, RR-67400- 67.2006.5.15.0102, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de julgamento: 07/12/2010, 1ª Turma, Data de Publicação: (17/12/2010).

Diante desse novo contexto gerado pelo julgamento da ADC nº 16, explicitado nos item anterior, o Tribunal Superior do Trabalho viu-se na obrigação de modificar, mais uma vez, a redação da sua Súmula 331, para adequá-la ao teor da decisão do Supremo Tribunal Federal.

Inicialmente, o texto do inciso IV da Súmula 331 do TST, que, com a mudança, passou a ter a seguinte redação:

“IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.”

Percebe-se, nesse inciso, que foi suprimida a parte “inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista”. Ocorre que esta mudança foi transferida para o inciso V, como será visto logo adiante. Assim, o inciso IV passou a tratar apenas das empresas privadas tomadoras de serviços terceirizados, cuja responsabilidade continua sendo subsidiária e automática, desde que tenham participado da relação processual e constem no título executivo judicial. Nos dois casos, porém, a responsabilidade continua a abranger todas as verbas derivadas do contrato de trabalho do obreiro terceirizado, de acordo com o novo item VI.

Nessa alteração é que se dá o alinhamento do TST ao atual entendimento do STF quanto à responsabilização subsidiária do ente público, relatados e discutidos no julgamento da ADC nº 16, conforme anteriormente explanado, ou seja, de que é possível a responsabilização dos entes públicos por débitos trabalhistas de empresas contratadas mediante licitação, porém, apenas se comprovado, casuisticamente, que houve culpa no cumprimento dos deveres impostos à Administração Pública pela Lei de Licitações, principalmente a culpa in vigilando.

Nessa esteira, entende Mauricio Godinho Delgado:

“[...] o novo item V da Súmula 331, em máxima atenção ao decisório do STF, considera preciso que fique evidenciada nos autos a conduta culposa da entidade estatal, especialmente quanto à fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas da empresa terceirizante. Trata-se de omissão culposa quanto à fiscalização, ou seja, culpa in vigilando”<sup>46</sup>

---

<sup>46</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 429.

Quanto à questão do ônus da prova, este, no entendimento de Sérgio Pinto Martins<sup>47</sup> *incumbe àquele que fizer alegações em juízo, a respeito da existência ou inexistência de determinado fato*, nos moldes do artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, devendo essa orientação ser complementada pelo art. 333 do CPC.

Contudo, apesar de previsão expressa nesse sentido contida na CLT, o que se tem visto na jurisprudência obreira é justamente o contrário, ou seja, a inversão do ônus da prova à Administração Pública, que deverá comprovar nos autos que agiu conforme a lei, que tomou todas as medidas previstas na Lei de Licitações na contratação da empresa terceirizada e durante a execução do contrato, principalmente pertinentes ao adimplemento das obrigações trabalhistas, caso contrário, será responsabilizada subsidiariamente.

Essa inversão do ônus da prova se depreende da própria Lei de Licitações, na medida em que impõe à Administração Pública o dever de fiscalizar os contratos administrativos, conforme se lê dos art. 58, III, e 67, caput e § 1º, acima transcritos. Nesse sentido é o entendimento do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, conforme se verifica nas ementas abaixo:

“RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. Em face do contido no art. 71, parágrafo 1º., da Lei nº 8.666/93, e considerando o pronunciamento do E. STF no julgamento da ADC n. 16, a Administração Pública não responde de forma subsidiária por débito trabalhista com fundamento apenas na responsabilidade objetiva. Tal premissa não afasta a possibilidade de condenação em razão de culpa subjetiva, sendo de se presumir a culpa in vigilando do ente público, quando não demonstrada a efetiva fiscalização de contrato de prestação de serviços, celebrado com base na Lei nº 8.666/93. Inversão do ônus da prova que se adota, em face da hipossuficiência do empregado no tocante à capacidade de produzir tal prova. Admitida a culpa do ente público, deve ser mantida a condenação subsidiária, com amparo na Súmula nº 331, IV e V.” (RO nº 0000820-19.2010.5.04.0103, 6ª Turma, Rel. José Cesário Figueiredo Teixeira, julgado em 13/10/2011)

“RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DE SERVIÇO INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

A atribuição de responsabilidade subsidiária ao tomador de serviços integrante da Administração Pública, frente à integralidade dos créditos decorrentes do contrato de trabalho do autor, decorre da presença de culpa in eligendo e in vigilando, pois se trata de responsabilidade extracontratual com origem na inadimplência da empresa prestadora de serviços. No caso, a União não comprova ter fiscalizado a execução do contrato mantido com a Empresa de Vigilância reclamada, restando caracterizada culpa in vigilando, e responde também por culpa in eligendo, já que contratou empresa inidônea.” (RO nº

<sup>47</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 846.

0143000-44.2009.5.04.0701, 9ª Turma, Rel. Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa, julgado em 13/10/2011)

E Também nesses trechos de acórdão:

“(…) Nesse particular, o ônus da prova, evidentemente, era da recorrente e não da recorrida, porque quem contrata e tem o dever de fiscalizar a execução do contrato é que tem os meios hábeis a comprovar o cumprimento da obrigação. Desse encargo, porém, não se desincumbiu a recorrente.”<sup>48</sup>

“(…) Ora, a despeito de não ser o mero inadimplemento causa à responsabilidade do ente público, como dispõe, aliás, o já referido dispositivo legal e tal como previsto na nova redação da Súmula 331 do TST, o mais adequado, numa análise em que se ponderam os princípios do direito administrativo e os princípios do direito do trabalho, é que, pelo princípio da aptidão para a prova (que rege o processo trabalhista), a partir de agora, inverta-se o ônus probatório e atribua-se à Administração Pública o dever de demonstrar que de forma efetiva fiscalizou o contrato de trabalho (por exemplo, provar que tomou as medidas cabíveis – aplicação das multas e penalidades previstas no próprio contrato firmado com a empresa por meio de licitação; expedição de ofícios nesse sentido, etc.). Atribuir a prova de ausência de fiscalização (culpa por omissão) da Administração ao empregado não está nada longe de exigir-lhe uma prova diabólica.”

“Assim, quando a administração não faz prova qualquer nesse sentido, impõe seja condenada subsidiariamente, pela sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A questão, portanto, deverá ser apreciada caso a caso, excluindo-se a responsabilidade subsidiária do ente público quando demonstrada a efetiva fiscalização do contrato.”<sup>49</sup>

Portanto, após esta decisão do STF e a alteração do enunciado da Súmula 331 do TST, a Administração Pública somente poderá ser condenada pelas verbas trabalhistas devidas pela empresa contratada, se alegado e comprovado que o Poder Público descumpriu as normas para a licitação e contratação da prestadora ou que houve omissão na verificação e regularização de eventuais irregularidades no cumprimento das obrigações contratuais. Essas questões devem, assim, ser evidenciadas no processo, isto é, devem ser enfrentadas de forma expressa no julgamento, de acordo com as provas constantes nos autos, não bastando a indicação genérica de negligência do Poder Público para a condenação.

---

<sup>48</sup> RO nº 0000839-68.2010.5.04.0121, 9ª Turma, Rel. Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa, julgado em 10/08/2011.

<sup>49</sup> RO nº 0009700-09.2009-5-04-0661, 5ª Turma, Rel. Clóvis Fernando Schuch Santos, julgado em 08/09/2011.

A Procuradora Federal Cláudia Gaspar, em artigo intitulado “A responsabilidade contratual da Administração Pública após o julgamento da ADC 16 pelo STF”<sup>50</sup>, opina:

“É evidente que a fiscalização dos contratos terceirizados evita maiores prejuízos, já que precocemente detecta falhas, atrasos ou não-pagamentos pela contratada, cujos valores são passíveis de serem cobertos pela garantia prestada, tentando-se evitar a formação da chamada "bola de neve", quando a contratada quebra, deixando para trás dezenas ou centenas de trabalhadores sem receber suas verbas rescisórias — além de um passivo trabalhista enorme para o tomador de serviços. Diante disto, os Magistrados Trabalhistas devem atentar-se que a Administração Pública apenas virá a responder subsidiariamente pelas verbas trabalhistas inadimplidas no caso de o autor da demanda laboral demonstrar a ausência de fiscalização do contrato de terceirização por aquela. Exemplificando, na hipótese de a Administração não buscar, mês a mês, junto à contratada, os comprovantes de pagamento dos salários aos empregados, bem assim os recolhimentos de fundo de garantia e de contribuições previdenciárias. Ou então, no caso de não adotar qualquer providência para sanar algum problema evidenciado, como a rescisão contratual.”

---

<sup>50</sup> Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-responsabilidade-contratual-da-n-administracaopublica-apos-o-julgamento-da-adc-16-pelo-stf,35857.html>> Acesso em 14/11/2017.

## 5 LEI Nº 13.429/2017

## 5.1 Momento político

No dia 31 de março de 2017, foi sancionada a Lei da Terceirização pelo Presidente Michel Temer. Tratava-se de um projeto de lei que estava parado desde 1998, aprovado às pressas para satisfazer os anseios da elite empresarial brasileira.

Essa situação decorre de uma agenda trabalhista executada por um governo ilegítimo, que se aproveita da instabilidade econômica para firmar retrocessos. Isso porque, corrobora com a ideia de flexibilização dos direitos trabalhistas já adquiridos.

A crise na economia elevou a altíssimos níveis o desemprego no país, criando um cenário favorável para que as novas normas fossem aceitas numa relação de emprego, na prática, o empregador ditará as regras ao empregado, mesmo que hajam interesses extremamente distintos entre ambos.

Na tentativa evidente de prestigiar uma determinada classe, outras reformas estão sendo colocadas em prática, como a Reforma da Previdência<sup>51</sup>; a Reforma Trabalhista<sup>52</sup> e a Portaria do Trabalho Escravo<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> “O governo de Michel Temer apresentou o projeto de reforma da Previdência com uma série de mudanças que atinge praticamente todos os trabalhadores. Pela nova proposta, a idade mínima para se aposentar será de 65 anos, com pelo menos 25 anos de contribuição. A regra passa a ser a mesma para homens e mulheres, sejam empregados da iniciativa privada, professores, servidores públicos ou trabalhadores rurais. Os militares ficaram de fora. Os policiais ainda dependem dos estados para atenderem às novas normas. O fator previdenciário, legado do governo de Fernando Henrique Cardoso, foi extinto. Assim como a fórmula 85/95, aprovada na administração de Dilma Rousseff. Agora, para receber o benefício integral, o trabalhador precisará contribuir para a Previdência por pelo menos 49 anos.” VOITCH, Talita Boros. Principais propostas da reforma da Previdência. *Gazeta do Povo*, 06 dez. 2016. Disponível em <<http://www.gazetadopovo.com.br/politica/republica/veja-um-resumo-com-as-principais-propostas-da-reforma-da-previdencia-9yljxak6lvdiztlcqr3t99yo>> Acesso em 14 nov. 2017.

<sup>52</sup> O texto mantém a prevalência dos acordos coletivos em relação à lei em pontos específicos, propõe algumas garantias ao trabalhador terceirizado e o fim da obrigatoriedade da contribuição sindical, entre outras alterações. O documento cria ainda duas modalidades de contratação: a de trabalho intermitente, por jornada ou hora de serviço, e também o home office. MENDONÇA, Heloísa. Reforma Trabalhista: saiba o que pode mudar. *El País*, São Paulo, 10 nov. 2017. Disponível em <[https://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/25/politica/1493074533\\_442768.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/25/politica/1493074533_442768.html)>. Acesso em 14 nov. 2017.

<sup>53</sup> O governo de Michel Temer publicou uma portaria nesta segunda-feira (16), estabelecendo que a divulgação da chamada "lista suja" de empresas e empresas que usam trabalho escravo agora passa a depender de "determinação expressa do ministro do Trabalho". Antes, não existia necessidade de tal aprovação para a divulgação dessas informações. A portaria de maio de 2016 definia que a organização e divulgação do Cadastro

## 5.2 Análise dos dispositivos legais alterados

A Lei 13.429/2017 alterou e acrescentou artigos à Lei 6.019/1974, o que ocasionou a regulamentação da terceirização de serviços, além da intermediação de mão de obra nas empresas de trabalho temporário que já era regulamentada anteriormente, mas foi-lhe conferida modificações.

Neste ponto, será colocado em pauta as modificações mais significativas provenientes da implementação da nova lei de terceirização, a começar pelo art 1º da Lei 13.429/2017, no qual: “as relações de trabalho na empresa de trabalho temporário, na empresa de prestação de serviços e nas respectivas tomadoras de serviço e contratante regem-se por esta Lei.”. Aqui, depara-se com os dois tipos de empresa regidas pela Lei, quais sejam, a empresa tomadora de serviço e a prestadora de serviços. Dando, com isso, prosseguimento a ideia de intermediação de mão de obra e terceirização de serviço.

No art. 2º, o trabalho temporário tem seu conceito ampliado, de modo que sua utilização pode se dar além das situações extraordinárias anteriormente previstas. Como pode ser notado através de seu conteúdo:

Art. 2º Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços.  
§ 2º Considera-se complementar a demanda de serviços que seja oriunda de fatores imprevisíveis ou, quando decorrente de fatores previsíveis, tenha natureza intermitente, periódica ou sazonal.

Há neste texto, um problema quanto à literalidade da norma, pois o trabalho temporário, é aquele prestado pelo empregado da Empresa de Trabalho Temporário, e não por pessoa física.

Além disso, essa descrição de demanda complementar de serviços como aquela que decorre de fatores imprevisíveis ou quando tenha natureza intermitente, periódica ou sazonal, confere a este tipo de contratação, a ampliação de seu objeto, sendo conivente com a sua

---

ficaria a cargo da Divisão de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo (Detrae). s/n. *Governo Temer muda definição de trabalho escravo e restringe 'lista suja'*. Jornal do Brasil, 16 out. 2017. Disponível em < <http://www.jb.com.br/pais/noticias/2017/10/16/governo-temer-muda-definicao-de-trabalho-escravo-e-restringe-lista-suja/>> Acesso em 14 nov de 2017.



ampla utilização. Afinal, os serviços adicionais podem ou não ser previsíveis e a intermitência (irregularidade do serviço) pode ser periódica.

Nos termos do art. 4º, “empresa de trabalho temporário é a pessoa jurídica, devidamente registrada no Ministério do Trabalho, responsável pela colocação de trabalhadores à disposição de outras empresas temporariamente”. Nota-se que há aplicação da expressão “colocação de trabalhadores”, em detrimento do “serviço especializado” outrora requisitado. Também, há de se ressaltar, que o poder de polícia oriundo da fiscalização, está presente no tocante a necessidade do registro no Ministério do Trabalho, porque como regra, contratar desta maneira é ilegal.

Neste sentido, Carmen Camino anota que não se pode tentar driblar a lei trabalhista despersonalizando o empregado por meio da constituição de uma pessoa jurídica. Isso porque o que constitui o objeto do contrato de trabalho é, justamente, a energia humana. Assim, permanecerá a vinculação da pessoa física ao contrato em decorrência do princípio da primazia da realidade<sup>54</sup>.

O problema pertinente ao artigo acima apresentado, agrava-se quando se trata da viabilização da “pejotização”, termo utilizado para retratar a prestação de serviços por empresa composta de uma só pessoa. O que gera uma preocupação fundamentada pelo que dispõe o art. 4º-A, § 2º, “Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante.” Pois, sem vínculo empregatício, o trabalhador perece nas suas garantias.

O art. 5º prescreve que “empresa tomadora de serviços é a pessoa jurídica ou entidade a ela equiparada que celebra contrato de prestação de trabalho temporário com a empresa definida no art. 4º desta Lei”. Aqui, depara-se com uma conexão inconveniente entre o presente artigo e o artigo 4º, que define a Empresa de Trabalho Temporário. O que torna notável o equívoco na utilização do termo “tomadora de serviços”, quando na verdade se retrata uma “tomadora de mão de obra”.

---

<sup>54</sup> CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*, 4, ed, Porto Alegre; Síntese, 2004. p. 193.

Ao dar prosseguimento às mudanças quanto a contratação do Trabalho Temporário pela Empresa Tomadora de Mão de obra através de uma Empresa de Trabalho Temporário, verifica-se no art. 9º uma série de observações indispensáveis, quais sejam:

“Art. 9º O contrato celebrado pela empresa de trabalho temporário e a tomadora de serviços<sup>55</sup> será por escrito, ficará à disposição da autoridade fiscalizadora no estabelecimento da tomadora de serviços e conterá:

I - qualificação das partes;

II - motivo justificador da demanda de trabalho temporário;

III - prazo da prestação de serviços;

IV - valor da prestação de serviços;

V - disposições sobre a segurança e a saúde do trabalhador, independentemente do local de realização do trabalho.

§1º É responsabilidade da empresa contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou em local por ela designado.

§2º A contratante estenderá ao trabalhador da empresa de trabalho temporário o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado.

§3º O contrato de trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim a serem executadas na empresa tomadora de serviços.” (grifo nosso)

Tratam-se de regras que visam regulamentar o que já acontece na prática, como por exemplo o que é retratado pelo § 3º, explicitando que empresa de trabalho temporário, coloca momentaneamente a disposição da tomadora de mão de obra, trabalhadores que poderão exercer a mesma função de seus empregados efetivos. Por consequência da apropriação de mão de obra de outrem como se sua fosse, é que surge a necessidade de estipular o que prescreve o § 2º, pois se o trabalho realizado pelo trabalhador intermediado é equivalente ao realizado pelo empregado efetivo, aquele corresponderá aos mesmos direitos deste.

Outro exemplo é o § 1º, que deve ser considerado inevitável do ponto de vista social, já que como empresa tomadora de mão de obra, há de se garantir o bem-estar do trabalhador, como preservação ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Há ainda, sobre o respectivo Trabalho Temporário, a nova redação pertinente ao Art. 10, §§ 1º e 2º:

§ 1º O contrato de trabalho temporário, com relação ao mesmo empregador, não poderá exceder ao prazo de cento e oitenta dias, consecutivos ou não.

§ 2º O contrato poderá ser prorrogado por até noventa dias, consecutivos ou não, além do prazo estabelecido no § 1º deste artigo, quando comprovada a manutenção das condições que o ensejaram.

---

<sup>55</sup> Melhor seria dizer tomadora de mão de obra.

Estes parágrafos, trazem a ampliação do prazo de duração dos contratos temporários de noventa, para cento e oitenta dias consecutivos, com possibilidade de extensão por mais noventa dias. E ainda, dispõe que um mesmo trabalhador poderá ser colocado novamente à disposição da mesma empresa tomadora, após noventa dias de intervalo entre o término do contrato anterior e o novo contrato. O que pode ser facilmente articulado pela empresa prestadora de serviços, abrindo as portas para ocorrência de fraudes, caso em que a justiça deverá considerar a unicidade contratual, através do reconhecimento da existência de uma única relação empregatícia ocultada sob aparência de outra forma de contratação.

Vale ressaltar também, que o §7º do art.10, prevê a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora de mão de obra perante às obrigações trabalhistas, quando estas não são devidamente cumpridas pela Empresa de Trabalho Temporário, através da seguinte redação: “§ 7º A contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer o trabalho temporário, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.”

Todavia, é no art. 5º-A que se encontra a real definição da empresa tomadora de serviços, pois verifica-se a contratação de uma empresa prestadora de serviços, conforme o disposto em seu texto: “Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços determinados e específicos.”

De acordo com a primeira do caput parte artigo supracitado, constata-se que a Lei autoriza que pessoa física terceirize os serviços prestados por ela própria. Caso em que uma pessoa jurídica poderá terceirizar um serviço que presta para uma empresa contratante, resultando numa cadeia quase interminável de subcontratações que dificulta sobremaneira a fiscalização por determinação da legislação trabalhista, fiscal e previdenciária. Podendo ocasionar o aumento significativo do risco de fraudes, sonegação, precarização, assim como o comprometimento da qualidade dos serviços e produtos.

A segunda parte do caput art. 5º-A, carrega uma alteração relevante concernente aos tipos do serviço que poderão ser terceirizados, determinando que eles sejam “determinados e específicos”, diferente do que preconizava a Súmula 331 do TST, na qual a determinação era de que o serviço deveria ser “especializado”.

Como consequência dessa variação, confirma-se o esvaziamento das definições de atividade-meio e atividade-fim para configuração da licitude da terceirização. Pois, do modo como os serviços terceirizáveis foram designados, basta que a empresa tomadora de serviços descreva e delimite-os, legalizando, portanto, o uso irrestrito da terceirização como forma de contratação.

O §3º do art. 5º-A, indica que a empresa tomadora de serviços é a responsável ambiental pela saúde dos empregados da empresa prestadora de serviços, dizendo que “É responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato”. Portanto, deve-se entender que a ambientação, num local onde há tanto empregados da tomadora, quanto da terceirizada, deve atender a todos.

Em relação ao §4º do artigo em pauta, cujo texto diz que “a contratante poderá estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado”, é possível notar uma diferença quando colocado em comparação com o Art.9º, §2º, que trata sobre o mesmo assunto no Trabalho Temporário.

Essa dessemelhança se dá no tocante a utilização do termo “poderá estender”, remetendo, portanto, à uma ideia de possibilidade, e não obrigatoriedade. Isso decorre do fato de que na terceirização de serviços, as atividades realizadas pelos empregados diretos da tomadora e pelos terceirizados são distintas, fazendo com que a concessão de benefícios em equiparação seja opcional.

Ainda relativamente ao art. 5º-A, cumpre frisar que há responsabilidade subsidiária da contratante pelas obrigações trabalhistas relacionadas ao contrato de prestação de serviços durante o período em que ele vigorar. Desse modo, determina que os trabalhadores credores só poderão cobrar dívidas da empresa tomadora de serviços (contratante) em *ultima ratio*, ou seja, após esgotarem as possibilidades legais de receberem o que lhes é devido diretamente da empresa prestadora de serviços.

Para dar sentido à existência da empresa tomadora de serviços prevista pelo art. 5º-A, é necessário que haja uma empresa prestadora de serviços, cuja definição está contido no art. 4º-A da seguinte forma:

“Empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos.

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços.

§ 2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante.”

Percebe-se, que diferentemente das empresas de trabalho temporário, não se fala em registro para empresas prestadoras de serviços, pois para caracterização do serviço terceirizável, basta que ele seja determinado e específico, ou seja, descrito e delimitado.

Os §§1º e 2º dão continuidade à lógica presente na Súmula 331 do TST, através da reafirmação de que para terceirização lícita é necessário que haja a ausência de pessoalidade e subordinação entre trabalhador e empresa tomadora de serviços. Na verdade, esses elementos deverão estar presentes na relação empregatícia da prestadora de serviços com o trabalhador, que será selecionado, dirigido, chefiado, treinado e pago por essa empresa.

Ademais, deduz-se deste artigo que a atividade desempenhada pela empresa prestadora serviços poderá ocorrer por meio de pessoal próprio ou de pessoal subcontratado, abrindo espaço para quarteirizações e subcontratações. Isto, somado ao fato de que o contratante pode ser pessoa física, nos termos do art. 5º-A, intensifica sobremaneira a fragmentação do sistema produtivo.

Mesmo que de modo genérico e insuficientes, a Lei 13.429/2017, em seu art. 4º-B determina os requisitos que deverão ser preenchidos pelas empresas de prestação de serviços, quais sejam:

“São requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros:

I - prova de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ);

II - registro na Junta Comercial;

III - capital social compatível com o número de empregados, observando-se os seguintes parâmetros:

a) empresas com até dez empregados - capital mínimo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais);

b) empresas com mais de dez e até vinte empregados - capital mínimo de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais);

c) empresas com mais de vinte e até cinquenta empregados - capital mínimo de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais);

- d) empresas com mais de cinquenta e até cem empregados - capital mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais); e
- e) empresas com mais de cem empregados - capital mínimo de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).”

No art. 5º-B, são demonstradas as cláusulas exigidas quando da existência de um contrato de prestação de serviços, sendo elas, profundamente insuficientes, como pode ser ver:

“Art. 5º-B. O contrato de prestação de serviços conterá:  
I - qualificação das partes;  
II - especificação do serviço a ser prestado;  
III - prazo para realização do serviço, quando for o caso;  
IV - valor.”

Em vista do que foi analisado, pode-se extrair a afirmação de que a regulamentação da terceirização pela Lei 13.429/2017 é extremamente genérica e omissa em relação a vários pontos sensíveis que constituem as relações de trabalho trilaterais, entre empresas tomadoras de serviços, prestadora de serviços e o trabalhador. Essas omissões poderão culminar no aumento da insegurança laboral e jurídica, tanto para trabalhadores, como para as empresas, o que consequentemente desperta o aumento de ações judiciais trabalhistas.

Além do mais, nota-se muita fragilidade no tocante ao texto legal quando relacionado à garantia dos direitos e à proteção dos trabalhadores terceirizados, aumentando os riscos de crescimento de precarização das condições de trabalho e rotatividade.

A permissão da quarteirização e da subcontratação, inclusive por Pessoas Jurídicas, acrescentado a todo exposto, pode desencadear a demasiada fragmentação nos processos produtivos, dificultando a fiscalização, pelos órgãos governamentais, do cumprimento de obrigações fiscais e previdenciárias pelas diversas prestadoras de serviços. Caso isso venha a ocorrer, o tão desejado equilíbrio financeiro das contas públicas e da previdência ficarão ainda mais comprometidos, o que na verdade, já resta prejudicado pela queda abrupta da arrecadação ocasionada pela grave crise pela qual passa o Brasil.

Em síntese, as alterações provenientes da nova redação conferida à Lei 6.019/74 através da Lei 13.429/17, não objetivam auxiliar na busca pela instauração de relações de trabalho equilibradas, de modo que trata a terceirização de maneira superficial e insuficiente para solucionar casos em que ela é utilizada como forma de precarização do trabalho.

### 5.3 Impactos

O fenômeno da terceirização se desenvolve como parte da tentativa de redução dos direitos trabalhistas. O que pode ser considerado como consequência da concretização gradual da ideologia neoliberal, cujos objetivos alinham-se no sentido da utilização do Estado como meio para o fortalecimento do poder do empregador através do enfraquecimento sindical e da valorização da negociação direta em detrimento da negociação coletiva.

Falácias que apontam o eventual aumento do desemprego como resultado da concessão de demasiados direitos trabalhistas, bem como a figura do empregado hipersuficiente em sede de negociação direta com o empregador, junto a falsa noção de que a justiça do trabalho é meio para enriquecimento indevido dos trabalhadores, são disseminadas de maneira escancarada para promover o convencimento em massa da população, com a pretensão de que partilhem dos mesmos argumentos para concretizar o vandalismo praticado contra o Direito do Trabalho na atualidade.

Em oposição às hipóteses supramencionadas, sabe-se que o Direito do Trabalho, na verdade, favorece a perspectiva de emprego ao exercer a sua função econômica, ao passo que assalaria a população economicamente ativa e promove a circulação de renda, diminuindo a desigualdade social, com o firmamento da proteção sindical e da jornada de trabalho coerentemente delimitada.

Acrescenta-se a isso, a atuação desse ramo do Direito como regulador de concorrência, pois ao lidar com o paradoxo da aplicação da força de trabalho humano com uma “mercadoria” fictícia, nota-se que deve ser estabelecido um nível básico de direitos para impedir com que empresas concorram baixando as condições trabalhistas a níveis de total indignidade, tornando impossível a manutenção de um bom nível de direitos nas empresas que pretendem mantê-los.

Outra função do Direito do Trabalho, é a busca pela garantia da vida longa do trabalhador num tempo curto de duração do contrato, o que é cabível nas hipóteses em que o indivíduo necessita do trabalho para própria sobrevivência, colocando em risco a sua dignidade para mantê-la. É neste contexto que a comunidade política deve atuar com

discernimento para garantir um patamar de direitos básicos e indelegáveis ao trabalhador, ao mesmo tempo em que há grande pressão da elite empresarial para torná-los flexíveis.

Neste cenário de flexibilização, emerge uma classe composta por milhares de pessoas espalhadas por todo o mundo, denominadas como o precariado<sup>56</sup>. É vista de modo muito distinto, justamente pelas relações laborais diferenciadas que estabelece. Consiste no fato destas relações serem pertencentes a sistemas de produção diversos, tornando o trabalho instável e exercido através de tarefas casuais, possibilitando a formação da identidade ocupacional do trabalhador que carece de uma narrativa corporativa e depende de salários completamente voláteis.

Depreende-se, portanto, que a implementação da Nova Lei de terceirização é mais uma das múltiplas façanhas que objetivam a parcial ou total exclusão das garantias laborais, o que pode ser percebido através do cenário político na qual foi instaurada, assim como também o fato de conter em seu texto a autorização à utilização irrestrita deste mecanismo pelas empresas, desde que o serviço seja delimitado e descrito, e não mais especializado.

Por todo exposto, torna-se possível afirmar que a proposta de modernização da legislação, em especial no que tange à utilização da terceirização, confirma a precarização das condições de trabalho; a fragilização da organização coletiva dos empregados em razão da pulverização destes; o afastamento da atuação sindical; a segregação entre os empregados efetivos e os terceirizados; bem como a ruptura da relação de trabalho.

---

<sup>56</sup> STANDING, Guy. O Precariado: A nova classe perigosa. 1. ed. ; 1. reimp. - Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2014, passim.



## 6 CONCLUSÃO

A terceirização como produto dos ideais neoliberais deve ser compreendida como um fenômeno que vai muito além da transferência de atividades, pois em muitas situações essa esfera é ultrapassada e é possível visualizar a utilização da força do trabalho humano como mercadoria.

Isso porque, uma relação de emprego terceirizada é vastamente utilizada por empresas como uma forma de auferir maiores lucros ao invés de fixar um sistema produtivo voltado para o produto principal ou atividade-fim.

Este lucro é consequência da precarização da relação de emprego, na qual os salários dos empregados terceirizados são significativamente menores quando comparados aos dos trabalhadores efetivos; a jornada de trabalho é consideravelmente maior; há em diversos casos negligência quanto à segurança do terceirizado no ambiente de trabalho, tornando maior o risco de acidentes e doenças ocupacionais; é maior o índice de inadimplemento de verbas salariais pelas empresas prestadoras de serviços; além da alta rotatividade que faz com que o trabalhador alterne entre períodos de trabalho e períodos de desemprego, o que prejudica o indivíduo em relação a qualquer planejamento de vida.

O Direito do Trabalho como mecanismo de proteção aos trabalhadores, tentou ao longo do tempo impor limites e regras para aplicação da terceirização que sempre foram insuficientes, o que se agrava quando num momento de crise política e com uma bancada legisladores que carecem de representatividade foi elaborada a Lei nº 13429/2017, igualmente insuficiente e superficial com modificações drásticas relacionadas às atividades terceirizáveis.

À vista disso, o presente trabalho narrou o contexto de surgimento da terceirização no Brasil, levando em consideração o seu desenvolvimento na Administração Pública, permitindo um maior entendimento suscitado pela visão geral do fenômeno. Bem como, apontou a legislação concernente ao tema, aplicável nos âmbitos público e privado, e abarcou ou principais problemas e características referentes ao assunto.

O objeto principal, portanto, foi a análise das modificações resultantes na nova lei de terceirização, cujos efeitos já podem ser notados negativamente quando da contratação do

trabalhador terceirizado em relação à supressão de garantias. Isso porque, autorizou a terceirização de maneira irrestrita, deixando a cargo do Poder Judiciário decidir acerca das atividades que configurarão ou não a licitude do procedimento em pauta. O que fere de morte a segurança jurídica das partes componentes da relação empregatícia devido a ausência de definições coerentes.

Perante o exposto, concluímos que a precarização das condições de trabalho como fruto da terceirização, agravada pelo advento de norma nova e inconsistente, torna mister a necessidade de reforma da legal, desde que esta vise a real proteção do trabalhador terceirizado, levando em consideração os princípios fixados pela Organização Internacional do Trabalho, e promovendo a dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Giovanni. *Trabalho e subjetividade: o espírito do toyotismo na era do capitalismo manipulatório*. São Paulo: Boitempo, 2011.

BRAGA, Luziânia C. Pinheiro. *Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP): Promoção e Construção de (novos) Direitos e Assessoria Jurídica de Caráter Suplementar*. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.). *Terceiro Setor. Empresas e Estado – Novas Fronteiras entre o Público e o Privado*. Minas Gerais: Fórum, 2007.

BRAMANTE, Ivani Contini. *A aparente derrota da súmula 331/TST e a responsabilidade do poder público na terceirização*. in Decisório Trabalhista: repositório de jurisprudência, STF, STJ, TST, TRTs. Ed. N. 199 – fev 2011.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*, 4, ed, Porto Alegre; Síntese, 2004.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 2.ed. Niterói: Impetus, 2008.

CASTRO, Rubens Ferreira de. *A Terceirização no Direito do Trabalho*. São Paulo: Malheiros, 2000.

DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2004.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERRARI, Paola Nery; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Controle das Organizações Sociais*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GONÇALVES, Antônio Fabrício de Matos. *Flexibilização Trabalhista*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MARINHO, Cláudia Gaspar Pompeo. A responsabilidade contratual da Administração Pública após o julgamento da ADC 16 pelo STF. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 22 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.35857&seo=1>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

. *Comentários à CLT*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MENDONÇA, Heloísa. Reforma Trabalhista: saiba o que pode mudar. *El País*, São Paulo, 10 nov. 2017. Disponível em <[https://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/25/politica/1493074533\\_442768.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/25/politica/1493074533_442768.html)>. Acesso em 14 nov. 2017.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de, MÂNICA, Fernando Borges. *Organizações da sociedade civil de interesse público: termo de parceria e licitação*. In: Fórum administrativo – Direito Público, ano 5, nº 49. Belo Horizonte: Fórum, mar/2005.

POCHMANN, Márcio. *Debates contemporâneos, economia social e do trabalho*, 2: a superterceirização do trabalho. São Paulo: LTr, 2008.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Terceirização na Administração Pública*. São Paulo: LTr, 2001.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: Privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

s/n. *Governo Temer muda definição de trabalho escravo e restringe 'lista suja'*. *Jornal do Brasil*, 16 out. 2017. Disponível em <<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2017/10/16/governo-temer-muda-definicao-de-trabalho-escravo-e-restringe-lista-suja/>> Acesso em 14 nov de 2017.

STANDING, Guy. *O Precariado: A nova classe perigosa*. 1. ed. ; 1. reimp. - Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2014.

VIANA, Márcio Túlio. Trabalho Temporário, In: DUARTE, Bento Herculano Duarte. *Manual de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: Uma Análise Crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2006

VOITCH, Talita Boros. Principais propostas da reforma da Previdência. *Gazeta do Povo*, 06 dez. 2016. Disponível em <<http://www.gazetadopovo.com.br/politica/republica/veja-um-resumo-com-as-principais-propostas-da-reforma-da-previdencia-9yljak6lvdiztlcqr3t99yo>> Acesso em 14 nov. 2017.